DIE BEFUGNIS DES PREISBINDERS ZUR ÜBERWACHUNG DURCH TESTKÄUFE

DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
VOLKMAR ECKHARDT
aus Bonn

1967

Göttingen 1968

DIE BEFUGNIS DES PREISBINDERS ZUR ÜBERWACHUNG DURCH TESTKÄUFE

DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
VOLKMAR ECKHARDT
aus Bonn

Göttingen 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erwin Deutsch

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Claus Roxin

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Dezember 1967

Gliederung

A. Einleitung/Problemstellung 1-6

B. Preisbindung der zweiten Hand 7-41

I. Allgemeines 7-2o

1) Verhältnis von § 15 und § 16 GWB 7

2) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Preisbindung 8-2o

a) Markenware 8

b) Preiswettbewerb 8

c) Anmeldung 12

d) Lückenlosigkeit 13

3) Mißbrauchsaufsicht (§ 17) und Diskriminierungsverbot (§ 26) 2o

4) Zusammenfassung 2o

II. Zulässigkeit der vertikalen Preisbindung 21-41

1) Ausgangspunkt (§ 16 GWB) 21-22

2) Nachteile der vertikalen Preisbindung 22-32

3) Vorteile der vertikalen Preisbindung 32-37

4) Interessenabwägung 37-4o

5) Ergebnis 41

C. Rechtliche Auswirkungen der vertikalen Preisbindung 42-112

I. Bedeutung für die vertraglich gebundenen Händler 42-5o

1) Rechtsgeschäftliche Verpflichtung 42-43

2) Bindung der Händler nach Wettbewerbsrecht 44

3) Mögliche Maßnahmen zur Sicherung der Preisbindung 44-5o

a) Außergerichtliche Sanktionen 44
b) Gerichtliche Sanktionen 47
c) Ergebnis 5o

II. Bindung der Außenseiter 51-112

1) Preisunterbietung als Verletzung gewerblicher Sonderrechte 51-54
a) Warenzeichen und Ausstattung 52
b) Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht 54
c) Ergebnis 54

2) Preisunterbietung als Verstoß gegen § 1 UWG 55-96
a) Wettbewerbsverhältnis zwischen Preisbinder und Außenseiter 55
b) Begriff der guten Sitten 56
c) Preisunterbietung des Außenseiters als Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb 59
(1) Leistungsprinzip und Wettbewerb 59
(2) Beschaffung der Markenware 64
(3) Preisunterbietung durch Außenseiter 74
(4) Gesamttatbestand 75
(5) Interessenabwägung 84
(6) Ausländisches Recht 88
(7) Ergebnis 94
d) Subjektive Voraussetzungen des § 1UWG 95
e) Sonstige Voraussetzungen für den Rechtsschutz 95

3) Preisunterbietung als Eingriff in das Recht am Unternehmen (§ 823 BGB) 96-1o2
a) Eingriff 96
b) Schutz des Rechts am Unternehmen 97
c) Verhältnis zu § 1 UWG 1o1
d) Ergebnis 1o2

4) Auskunftsanspruch des Herstellers auf Nennung des vertragsbrüchigen Lieferanten 1o3-11o
a) Rechtsgrundlage 1o3
b) Naturalrestitution (§ 249 BGB) 1o5

c) Interessenabwägung 1o7
d) Zusammenfassung und Ergebnis 1o9

5) Zusammenstellung der Ansprüche gegen Außenseiter 111-112

D. Überwachung des Preisbindungssystems 113-181

I. Notwendigkeit der Überwachung 113-116

II. Möglichkeiten der Überwachung und deren Wirkungen 116-136

1) Besondere Formen des Vertriebs 116-12o

a) Eigenes Vertriebsnetz 116
b) Regieläden 117
c) Auslieferung in Kommission 118
d) Zusammenfassung 12o

2) Maßnahmen zur allgemeinen Information 12o-124

a) Umfrage bei Einzelhändlern 12o
b) Umfrage bei Kunden 122
c) Überprüfen der Veröffentlichungen 123
d) Zusammenfassung 124

3) Besondere Überwachungsmaßnahmen 125-133

a) Einsicht in die Bücher und Geschäftsunterlagen 125
b) Durchführung von Testkäufen 129

4) Zusätzliche Überwachungs- und Schutzmöglichkeiten 134-135

a) Nummerierung der ausgelieferten Waren 134
b) Auslieferung direkt an den Einzelhändler 135
c) Belieferung regional zuständiger Großhändler 135

5) Ergebnis 135-136

III. Überwachung durch Testkäufe 136-173

1) Allgemeines 136-137

2) Argumente gegen die Zulässigkeit von Testkäufen 137-151

a) Privatpolizeiliche Befugnisse 137
b) Verstoß gegen die guten Sitten 14o
c) Verstoß gegen Treu und Glauben 147
d) Ergebnis 151

3) Argumente für die Zulässigkeit von Testkäufen 152-156
a) § 16 GWB 152
b) Art der Überwachung 153
c) Ergebnis 156

4) Mögliches Vorgehen der Testkäufer 156-17o
a) Zweck der Überwachung 156
b) Agent provocateur 16o
c) Durchschnittskunde 161
d) Kunde in Sondersituationen 162
e) Vortäuschen der Wiederverkäufereigenschaft 167
f) Eingehen auf Verschleierung der Verkaufssituation 17o

5) Interessenabwägung 171-172

6) Interesse an der Überführung des Händlers 172-173

7) Zusammenfassung 173

IV. Einzelprobleme bei der Überprüfung durch Testkäufer 174-181

1) Verkauf an Testkäufer als Preisbindungsverstoß 174-177

2) Prüfung der Wiederverkäufereigenschaft 177-179

3) Beweiswert der Aussagen der Testkäufer 179-18o

4) Kosten des Testkaufes als Schadensersatz 18o-181

E. Wirksamkeit eines Warnschildes am Eingang der Verkaufsräume 182-207

I. Strafrechtliche Auswirkungen 182-202

1) Rechtsgut 184-194

a) Hausfriede 184
b) Hausrecht 186
c) Entfaltungsfreiheit 188

2) Allgemeines Hausverbot und Testkäufer 195-202

a) Allgemeines Verbot 195
b) Rechtliche Wirkung des Hausverbots 196
c) Sonstige Lösungen zur Einschränkung des "Hausrechts" 198

3) Ergebnis 202

II. Beseitigung des Warnschildes 203-207

1) Gefährdung des Systems 203-204

2) Verletzung des Preisbindungsvertrages 205

3) Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG 205-207

4) Eingriff in das Recht am Unternehmen 207

5) Mögliches Vorgehen 207

F. Schluß 208-209

Schrifttumsverzeichnis

Auer	MA 1966, 382-383; Zur Preispolitik für Markenartikel in der Schweiz.
Ausschuß-bericht	Schriftlicher Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages, BT-Drucks. II(1957)/zu Nr. 3644.
Basson	MA 1960, 408-409; Herstellersitz als Gerichtsstand für Preisbindungsklagen.
(Anm.)	MA 1960, 922-924; Anm. zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 20.9.1960(MA 1960,921).
	MA 1962,442-455; Die vertikale Preisbindung im ausländischen Recht.
Baumann	Grenzen der individualen Gerechtigkeit im Strafrecht, in Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.9, Summum ius, summa iniuria, S. 117-144, 1963.
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 13 I,Wettbewerbsrecht, 9.Aufl., München und Berlin 1964.
(8.Aufl.)	Bd. 13, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8. Aufl., München und Berlin 1960.
Baumbach-Lauterbach	Beck'sche Kurz-Kommentare Bd.1, Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965.
Beling	Grundzüge des Deutschen Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930.
Benkendorff	WuW 1958,416-429; Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln.
Binding	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, Bd. I, 2.Aufl., Leipzig 1902.
BKartA TB 1960	Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. III(1961)/Nr. 2734.
TB1965	Bericht .... im Jahre 1965 ..., BT-Drucks. V(1966)/Nr. 530.
Bock Anm.	LM § 96 GWB Nr. 4, Bl.518-523, in Anm. zum Beschluß des BGH vom 15.6.1959.
BReg IV/617	Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB, BT-Drucks. IV(1962)/Nr.617.
Brücher	BB 1962, 119-120; Überwachung der Preisbindung durch Testkäufe.
BT-Drucks.	I(1952)/Nr. 3462, Entwurf eines GWB nebst Begründung der BReg und Stellungnahme des Bundesrates.

BT-Drucks.	II(1955)/Nr.1158, Entwurf eines GWB nebst Begründung der Bundesregierung und Stellungnahme des Bundesrates.
	II(1957)/zu Nr. 3644 siehe Ausschußbericht.
	IV(1964)/Nr.2337, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB, Antrag SPD.
	IV(1964)/Nr.2564, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB, Bundesregierung.
v.Büren	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957.
Burchardi (Hans Georg)	Der Hausfriedensbruch nach dem geltenden Recht und nach den neueren Strafgesetzentwürfen, insbesondere nach dem Entwurf von 1927, Diss jur. Tübingen 1932.
v.Caemmerer (I)	Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Rabel, Bd.I, S. 333-401, Tübingen 1954.
(II)	Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd.II, S. 49-136, Karlsruhe 1960.
Callmann	GRUR 1963,461-464; Die Kontrollrechte des Markenartikelfabrikanten und die Lehre von der Erschöpfung im Zeichenrecht.
Deutsch	JZ 1963, 385-391; Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände.
	ZHR 128 (1966), 363-368; Besprechung von Baumbach-Hefermehl (siehe oben) 1964.
Dietze Anm.	GRUR 1966, 566-567; Anm. zum Urteil des BGH vom 18.5.1966 GRUR 1966,564 ff. (Hausverbot).
Droste	WRP 1965,35-39; Zum Begriff des<Sittenwidrigen> im Wettbewerb.
	WRP 1966, 323-330; Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle unlauteren Wettbewerbs.
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Aufl.,Tübingen 1958.
Erman	Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. Münster/Westf. 1962.
Fikentscher (LB)	Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Das Schuldrecht, Berlin 1965.
(Preisempfehlung)	Die vertikale Preisempfehlung, München und Berlin 1960 (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Bd. 11).

Fikentscher (Preisunterbietung)	Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht; 2. Aufl., Heidelberg 1962
(Wettbewerb)	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958 (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, hrsg. von H.C. Nipperdey, Bd. 7).
	GRUR AIT 1966, 181-187; Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbes.
Flume	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, S. 135-238, Karlsruhe 1960.
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl., Tübingen 1931.
Frankfurter Kommentar	Kommentar zum GWB, bearbeitet von Heinz Kaufmann, Hans-Günther Rautmann, Helmuth v. Halm, Dietrich Hoffmann, Max Kreifels, Martin Frühauf, Jürgen Lehmann, Peter Erlinghagen, Lieferung 11, Köln 1966.
Friese(Hans)	Das Recht am Markenartikel, Diss jur. Erlangen 1929 (gedruckt 1930 in Königsberg).
Gaedertz Anm.	WRP 1964, 137-138; Anm. zum Urteil des OLG Hamm vom 8.11.1963 WRP 1964, 136 f.
v. Gamm	Kommentar zum Warenzeichengesetz, München und Berlin 1965.
	WRP 1958, 367-368; Der <Gesamttatbestand> und die <besonderen Umstände> im Wettbewerbsrecht.
	NJW 1959, 964-968; Die Durchsetzung der Preisbindung im Verletzungsprozeß.
Gassmann	MDR 1964, 374-376; Hausfriedensbruch von Testkäufern.
Gastiger	GRUR 1965, 179-183; Inwieweit ist die unmittelbare Ausnutzung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs?
Geerds	GA 1954, 262-269; Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht.
Geisbüsch	MA 1965, 490-493; Vertikale Preisbindung und Konzentration.
Giefers (Hans-Werner)	Vertikale Preisempfehlung und Preisbindung im Wettbewerbsrecht, Diss jur. Köln 1960.
Gieseke	GRUR 1950, 298-311; Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens.

(GK)	Gemeinschaftskommentar, GWB und Europäisches Kartellrecht, hrsg. von Hans-Müller Henneberg und Gustav Schwartz, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
1.Aufl.	1. Aufl., Köln-Berlin 1958.
Nachtrag zum (GK)	Kommentar zum Gesetz zur Änderung des GWB vom 15. 9. 1965, Köln-Berlin-Bonn-München 1966.
Gleiss	NJW 1961, 2100-2102; Das Ende der vertikalen Preisbindung?
	MA 1961, 152-153; Klagen gegen Schleuderer am Sitz des Preisbinders.
Gleiss/Hootz (Anm.)	NJW 1963, 1505-1506; Anm. zum Urteil des OLG Hamm vom 8.3.1963 NJW 1963,1505 ff.
Gleiss/Martin	WRP 1964, 9-11; Vorrechte der Preisbinder?
Goerke	WRP 1955, 61-62; Preisunterbietungen sittenwidrig?
Goldschmidt	Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit entwickelt an der Lehre vom Hausfriedensbruch, Berlin und Leipzig 1931 (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin 4. Folge, Bd.II, H. 2).
Gottwald (Dieter)	Handelt der Außenseiter einer vertikalen Preisbindung, der im Zusammenhang mit Rechtsbruch einen Wettbewerbsvorsprung gewinnt, unlauter? Diss. jur. Köln 1965.
Gutachten	BB 1964, 902; Gutachten des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen Nr.2/1962, Untersagen von Testkäufen zulässig?
Hanack	JuS 1964, 352-355; Hausfriedensbruch durch Testkäufer - LG Frankfurt NJW 1963,1022.
Hartmann	WRP 1963, 351-354; Der Testkäufer in der Rechtsprechung.
Heidemann (Leo)	Die widerrechtliche Tat und der schuldhafte Wille beim einfachen Hausfriedensbruch, Diss. jur. Greifswald 1896.
Helle Anm.	NJW 1963, 1022-1023; Anm. zum Beschluß des LG Frankfurt vom 17.12. 1962 NJW 1963,1022ff.
Henseler	WRP 1962, 325-326; Hausfriedensbruch beim Testkauf?
Höltzcke	WRP 1964, 342; Testkäufe und Hausfriedensbruch.
Herrmann	GRUR 1955, 21-25; Verleitung zum Vertragsbruch.
v.Hippel	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.
Holzheimer	Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen unter besonderer Berücksichtigung des GWB vom 27.Juli 1957, Diss.jur.Erlangen 1960.

Hubmann	*Gewerblicher Rechtsschutz , Kurzlehrbuch, München und Berlin 1962.*
Johannes	*BB 1961, 577-580; 1962, 120-121; Die Überwachung der Preisbindung durch Testkäufe.*
Knopp Anm.	*GRUR 1964, 324-325; Anm. zum Urteil des BGH vom 10. 1. 1964 GRUR 1964,320 ff. (Maggi).*
	GRUR 1964, 633-634; Anm. zum Urteil des BGH vom 3.6. 1964 GRUR 1964,629 ff. (Grauer Markt).
Koenigs	*NJW 1961, 1041-1048; Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbes.*
	JuS 1965 , 384-389; Schutz der Preisbindung gegen Unterbietung durch Außenseiter - BGH NJW 1964, 917-920(10.1.1964-Maggi-).
Kohlrausch-Lange	*Strafgesetzbuch, 43. Aufl, Berlin 1961.*
Kosiek(Kurt)	*Einzelprobleme bei der vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB), Diss. jur. Münster1962.*
Kraft	*Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb, München und Berlin 1963 (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, hrsg von H.C. Nipperdey, Bd. 16).*
Kruse	*MA 1959, 793-808; Der Markenartikel im Urteil der Verbraucher (Eine sozialpsychologische Untersuchung des Instituts für Demoskopie Allensbach/Bodensee).*
Lackner-Maassen	*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 4.Aufl. München und Berlin 1967.*
Langen	*Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Lieferung 1-5, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1967.*
3.Aufl.	*3. Aufl.,Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958.*
Larenz	*Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.*
(II)	*Lehrbuch des Schuldrechts , Bd. II, 8.Aufl, München und Berlin 1967.*
	NJW 1955, 1009-1013; Tatzurechnung und <Unterbrechung des Kausalzusammenhangs>.
Lehmann	*Allgemeiner Teil des BGB, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. I, 13. Aufl. , Berlin 1962.*
Lehmpfuhl	*MA 1960, 683-700; Preisbindung und Außenseiterbehandlung.*

Lieberknecht	NJW 1963, 609-614; Abschaffung der Preisbindung durch die Gerichte.
(Anm.)	GRUR 1962, 425-426; Anm. zum Urteil des BGH vom 15.2.1962 GRUR 1962,423 ff. (Rollfilme).
Linhardt/Stöhr	BB 1957, 1021-1024; Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nach dem GWB
v.Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.
(LK)	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. I,II, 8. Aufl., Berlin 1957/58.
Löffler/Thümmel	BB 1957, 1094-1096; Sind <gespaltene Preise> zulässig ?
Loos	BB 1958, 1217-1220; Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkungen im Handel.
Lukes	ZZP 77 (1964), 78-97; Beweislastprobleme bei der Preisbindung der zweiten Hand.
Anm.	NJW 1964, 1955-1957; Anm. zum Urteil des BGH vom 3.6.1964 NJW 1964, 1955 ff. (Grauer Markt).
Lutz(Hans)	MA 1962, 771-775; Mißverstandene Preisbindung.
	MA 1962, 863-864; Mittelstandsfeindliche Preisbindung ?
	MA 1964, 567-570; Zur Lage der Preisbindung
Lutz(Peter)	MA 1963, 169-175; Zum Nachweis der praktischen Lückenlosigkeit eines Preisbindungssystems.
	MA 1963, 743-748; Umstrittenes Preisbindungssystem.
	MA 1964, 587-600; Preis- und Vertriebsschutz in der neueren Rechtsprechung.
	MA 1965, 521-533; Neue Rechtsprechung in Preis- und Vertriebsbindungssachen.
Martino	MA 1963, 665-666; Wer ist Käufer beim Testkauf?
	MA 1963, 738-743; Die glorifizierte Preisunterbietung des Außenseiters.
	MA 1964, 6-12;Vorrechte der Preisbinder ?
	MA 1965, 285-292; Lockvogelwerbung im Einzelhandel.
Maurach (AT)	Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965.
(BT)	Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Besonderer Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1964.

May(Rudolf)	Das Preisschleudern mit Markenartikeln, dargestellt nach deutschem Recht und dem der wichtigsten Auslandsstaaten, Diss. jur. Leipzig 1934.
Mayer	Strafrecht , Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953.
Mellerowicz	<Markenartikel> - die oekonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung 2. Aufl., München und Berlin 1963.
(Handelsspanne)	Die Handelsspanne bei freien, gebundenen und empfohlenen Preisen, Freiburg 1961 (Schriftenreihe des Forschungsinstituts für das Markenwesen, Berlin, in Verbindung mit der Gesellschaft zur Erforschung des Markenwesens e.V. Wiesbaden Bd. Nr.5).
	MA 1962, 39-45; Zur Preispolitik bei Markenartikeln.
	MA 1964, 421-431; Preisbindung und Verbraucherinteresse.
	MA 1965, 11-15; Begünstigen vertikale Preisbindungen die Konzentration und Kartelle der Hersteller ?
Merkel	NJW 1961, 1751-1755; Der Außenseiter einer lückenlosen Preisbindung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
	NJW 1962, 1545-1548; Außenseiter und Preisbindung.
Messing	MA 1963, 253-255; Die Hintergründe der Lockvogel-These.
Meyer	MA 1953, 61-74; Anforderungen der Rechtsprechung an Preisschutzsysteme.
	MA 1962, 431-442; Probekäufe zur Sicherung lückenloser Preisbindungen.
Mezger-Blei	Studienbuch, Strafrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 8. Aufl., München und Berlin1964.
Motive zum StGB	Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, abgedruckt in den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislaturperiode, sess. 1870, III. Bd. (Nr.5, S.26-122), Berlin 1870.
Müller(Heinz)	Die wettbewerbsrechtlichen und privatrechtlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Preisbindungsprivilegs in § 16 GWB, Diss. jur. Münster 1964 (mdl. Prüfung 15. 12. 1965).
Müller-Beilschmidt	MA 1959, 297-307; Höherer Markenartikelabsatz durch Preissenkung ?

Müller-Gries	*Kommentar zum GWB, Frankfurt 1958.*
Nölting (Wilhelm)	*Der Hausfriedensbruch, Diss. jur. Göttingen 1934.*
Ohl	*GRUR 1961, 521-523; Der Sitz des Rechtsinhabers als Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Streitigkeiten wegen Verletzung gewerblicher Schutzrechte.*
v.Olshausen	*Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, 12. Aufl., bearbeitet von Hans Freiesleben, Max Hörchner, Carl Kirchner, Emil Niethammer, Berlin 1942.*
Ossenbrügge	*BB 1964, 1154-1155; Hausfriedensbruch durch Testkäufer.*
Paul	*NJW 1964, 129-133; Vorrechte der Preisbinder.*
Plassmann	*JZ 1962, 463-471; Preisbindung durch die Gerichte?*
	JZ 1963, 273-276; Die Bindung des Außenseiters.
	NJW 1963, 2097-2102; Die Vorrechte der Preisbinder.
Pehle	*MA 1966, 245-260; Aus der neuesten Rechtsprechung des BGH in Wettbewerbs- und Warenzeichensachen.*
Rasch	*Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, Herne-Berlin 1957.*
Rasch/Westrick	*Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., Herne-Berlin 1966.*
Raiser	*Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd.I, S. 101-134, Karlsruhe 1960.*
Rasor-Schiedermair	*NJW 1963, 85-89; Preisbindung und geltendes Recht.*
Reimer (Dietrich)	*GRUR AIT 1966, 509-522; 565-572; Preis- und Vertriebsbindung im Gemeinsamen Markt (1. und 2. Teil).*
Reimer (Eduard)	*Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Systematischer Kommentar, 3. Aufl., Köln-Berlin 1954.*
Rinck (Wirtschaftsrecht)	*Wirtschaftsrecht, Academia iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.*
	Gute Sitten im Wettbewerb (Insbesondere Verdrängung vom Markt durch übermäßige Werbung), in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 40), S. 151-174.

Ritters-hausen	MA 1962, 273- 283; Senkung der Lebens-haltungskosten durch Aufhebung der Preis-bindung?
Röper	Die vertikale Preisbindung bei Markenarti-keln, Tübingen 1955.
(Gutachten)	Kritisches zum IFO-Gutachten über die vertikale Preisbindung, München und Berlin 1964.
Roxin	JuS 1966, 377-387; Sinn und Grenzen staat-licher Strafe.
Sachod	MA 1966, 441-449; Französische Markenar-tikelindustrie auf dem Weg in den Gemein-samen Markt (Vortrag am 25.6.1966 auf dem Petersberg gehalten).
Sasse (Karl-Heinz)	Die Ausnutzung fremden Vertragsbruches im Wettbewerb unter besonderer Berücksich-tigung von Preis- und Vertriebsbindungs-verträgen, Diss. jur. Köln 1965.
Sauer	System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954.
Schär (Felix Fritz)	Die Preisbindung der zweiten Hand, Diss. rer. pol. Bern 1958 (gedruckt: Winter-thur 1959).
Schenk	MA 1966, 791-805; Preisbindung und freie Kalkulation als Alternative oder Synthese.
Schmidt	DB 1962, 429-430; Das Recht zur Preis-bindung der zweiten Hand bei Markenwaren und die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes
Schnepf	MA 1966, 30-32; Preisbindung und Fach-handel.
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Ver-gleichsrecht, Lehrbuch, 7. Aufl., Karls-ruhe 1963.
Schramm	JZ 1963, 271-272; Preisbindung durch die Gerichte.
Schönke-Schröder (12. Aufl.)	Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., München und Berlin 1967. 12. Aufl., München und Berlin 1965.
Schreiber	MA 1963, 23-27; Verbraucher befürworten Preisbindung der zweiten Hand.
Schütte (Reiner)	Die vertikale Preisbindung bei Markenwaren und Verlagserzeugnissen. Rechtsentwicklung Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechts-schutz, Diss. jur. Köln 1959.
Schwarz-Dreher	Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 10, Straf-gesetzbuch, 29. Aufl. München und Berlin 1967.
Schwinge	Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht Bonn 1930(Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen H. 14).

Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Bd. I, §§1-432, Stuttgart 1959. Bd. II, §§433-853, Stuttgart 1962.
Spahr	MA 1965,616; Kraftfahrzeughandel für Preisbindung.
Spengler	DB 1965, 21-25; Grundsatzfragen des Preiswettbewerbs in der neueren Rechtspechung des BGH.
Staudinger-Weber	J.v.Staudingers Kommentar, Bd. II , Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241 bis 245, 1o. Aufl., Berlin 194o.
	Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teü 1b, § 242, 11. Aufl., Berlin 1961.
Suzanne	MA 1966, 368-372; Die Voraussetzungen für die Wiederherstellung eines echten Wettbewerbes beim Markenartikelvertrieb in Frankreich.
Tetzner	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2.Aufl., Köln 1957.
	Kommentar zum Warenzeichengesetz, Heidelberg 1958.
	JR 1954, 324-327; Vertikale Preisbindung.
Anm.	JZ 1954, 289-29o; Anm. zum Urteil des BGH vom 13.11. 1953 JZ 1954, 288 f.
	JZ 1964, 414-417; Wichtige neuere Urteile zum gewerblichen Rechtsschutz.
Utescher Anm.	GRUR 1965, 6o9-61o; Anm. zum Urteil des BGH vom 2.4.1965 GRUR 1965, 6o7 ff. (Funkmietwagen).
Völp	Preisbindung für Markenartikel, Münster/ Westf. 1961 (Aschendorffs Juristische Handbücherei Bd. 66 der Monographien).
	WRP 1958, 353-363; Die Lückenlosigkeit der der Preisbindung für Markenartikel.
	WUW 1959, 397-4o9; Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten beim Preisschutz von Markenwaren.
	GRUR 1962, 178-185; Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten ?
	MA 1964, 12-26; Preisbindung und Außenseiter.
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, Systematische Darstellung, 9. Aufl., Berlin 1965.
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Bd. II, Teil 2, 8.-1o. Buch der ZPO: Zwangsvollstreckung (§§ 864-1o48), Berlin 1958.

Wiemer	*GRUR 1964, 128-13o; Schwächung des richterlichen Schutzes für preisbindende Markenartikelhersteller gegen Außenseiter ?*
Wilda	*Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842.*
Wildanger	*WUW 196o, 685-69o; Aussetzung gemäß § 96 Abs. 2 GWB im einstweiligen Verfügungsverfahren ?*
	BB 1962 , 769-77o; Hausfriedensbruch beim Testkauf? (im Industriekurier vom 1o.7. 1962).
Wilhelm (I)	*Preisbindung für Markenartikel, Freiburg 196o (Schriftenreihe des Forschungsinstituts für das Markenwesen, Berlin, in Verbindung mit der Gesellschaft zur Erforschung des Markenwesens e.V., Wiesbaden, Bd. Nr. 3).*
(II)	*Preisbindung und Wettbewerbsordnung (Eine Auseinandersetzung mit den Thesen des Bundeskartellamtes), München und Berlin 1962.*
v.Zwehl	*BB 1966, 186-188; Die Preisbindung - ein gegenseitiger Vertrag.*

Außer den allgemein üblichen Abkürzungen wurde verwendet:

ähnl.	*ähnlich*
allg.	*allgemein*
BReg	*Bundesregierung*
bes.	*besonders(e...)*
h.L.	*herrschende Lehre*
h.M.	*herrschende Meinung*
LL	*Lückenlosigkeit*
m.N.	*mit Nachweisen*
m.R.	*mit Recht*
m.v.N.	*mit vielen Nachweisen*
m.w.N.	*mit weiteren Nachweisen*
N.	*Nachweise*
Rdnr.	*Randnummer*
Rlehre	*Rechtslehre*
Rspr	*Rechtsprechung*
st.Rspr	*ständige Rechtsprechung*
u.a.	*und anderes*
u.ä.	*und ähnliches*
u.dgl.	*und dergleichen*
u.ö.	*und öfter*
u.U.	*unter Umständen*
u.v.a.	*und vieles andere*
u.v.a.m.	*und vieles andere mehr*
vgl.	*vergleiche*
zust.	*zustimmend*

A. EINLEITUNG / PROBLEMSTELLUNG

Die Preisbindung der zweiten Hand steht seit vielen Jahren im Blickpunkt wirtschaftspolitischer und rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen.
Mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957[1] hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, die widerstreitenden Interessen von Unternehmern, Händlern und Verbrauchern in Einklang zu bringen. Die getroffene Regelung in den §§ 15-17, 26 Abs. 2 und 34 GWB[2] soll sicherstellen, daß die Wettbewerbsfreiheit als Grundprinzip und notwendiges Regulativ des Wettbewerbes in möglichst großem Umfang gewährleistet wird. Dem gleichen Zweck dient die Novelle zum GWB vom 15. September 1965[3] durch Verschärfung der Anmeldebestimmungen (§ 16 Abs. 4 S. 2), Erleichterung der Ausübung der Mißbrauchsaufsicht (§ 17 Abs. 1 S. 2) sowie durch Einführung eines Preisbindungsregisters (§ 16 Abs. 5,6). Die gesetzliche Regelung kann jedoch die bestehenden Interessengegensätze nur unvollkommen ausgleichen. Daher dauern die Auseinandersetzungen über den wirtschaftlichen Wert der Preisbindung und den dem Preisbinder zu gewährenden Schutz mit unverminderter Stärke an.

Heute ist anerkannt[4], daß ein Preisbindungssystem lediglich dann Rechtsschutz verdient, wenn es die Einhaltung der gebundenen Preise gewährleistet und alle auf gleicher Handelsstufe stehenden Abnehmer der Markenware gleichmäßig belastet. Das System muß also im gedanklichen Aufbau und in der tatsächlichen Durchführung lückenlos sein.
Gedankliche (theoretische) Lückenlosigkeit liegt vor, wenn der preisbindende Unternehmer alle Abnehmer verpflichtet,

---

1) BGBl I, S. 1081 ff.
2) Im folgenden meist ohne Angabe des Gesetzes zitiert.
3) BGBl I, S. 1363 ff.
4) BGHZ 40, 135, 139f.(Trockenrasierer); OLG Koblenz WRP 1964, 94, 97 m.N.; Baumbach-Hefermehl § 1, 370,371 ff. m.N., 400, 423; Koenigs NJW 1961, 1041,1046 f.

die preisgebundene Ware ausschließlich zu den gebundenen Preisen abzugeben und bei Absatz über den Großhandel nur solche Wiederverkäufer zu beliefern, die sich ihrerseits verpflichten, die vorgeschriebenen Endverbraucherpreise einzuhalten.[1] Tatsächlich (praktisch) lückenlos ist das Bindungssytem aber erst dann, wenn die vorgeschriebenen Preise allgemein auch wirklich eingehalten werden, d.h. eine konforme Wettbewerbslage besteht.[2] Vereinzelte Fehlschläge oder vorübergehende Lücken, die der Preisbinder in absehbarer Zeit wieder zu schließen vermag, sind hierbei für den Schutz des Bindungssystems unschädlich, denn sie lassen sich auch bei bester Organisation nicht vermeiden.[3]

Selbst wenn man von diesen vorübergehenden Durchbrechungen des Systems absieht, wird es dem Hersteller regelmäßig nicht möglich sein, die tatsächliche Lückenlosigkeit zu beweisen.[4] Zum Nachweis einer"konformen Marktlage" müßten nämlich die in dem betreffenden Raum tätigen Händler und zumindest ein Teil ihrer Kunden als Zeugen vernommen werden, was in der Regel undurchführbar ist.[5]

Aus diesem Grunde läßt es die ständige Rechtsprechung[6] und herrschende Lehre[7] genügen, wenn der Hersteller der Markenware darlegt und gegebenenfalls beweist, daß er alle

---

1) H.M.; OLG Koblenz aaO m.N.; Lieberknecht NJW 1963, 609, 610 m.N. in Anm. 15; Frankfurter Kommentar Anh. 1 zu § 16,5; Baumbach-Hefermehl § 1, 372; Schwartz (GK) § 16, 82.
2) OLG Koblenz aaO, S. 97 f. m.N.; Baumbach-Hefermehl § 1, 377 ff.; Schwartz (GK) § 16, 83.
3) H.M.; BGH aaO, S. 139 m.N.; OLG Hamburg MA 1965, 78,82; Baumbach-Hefermehl § 1, 377 m.N.; Lutz MA 1963,169,172.
4) Zust. Martino MA 1964, 6, 10 mit dem Hinweis, der Hersteller habe keine Unterlagen, mit denen die tatsächliche Lückenlosigkeit nachgewiesen werden könnte.
5) OLG Koblenz aaO, S. 98; Lutz MA 1963, 169. Auch würde damit vom preisbindenden Unternehmen Unzumutbares und nach der Sachlage Unnötiges verlangt; BGHZ 40,135,147 (Trockenrasierer); Martino MA 1964, 6, 12.
6) RGZ 151/239, 255f.; BGH aaO, S. 140, 141 m.N.
7) Schwartz (GK) § 16, 90 m.N.; Baumbach-Hefermehl § 1, 430 m.N.

seine Abnehmer gedanklich lückenlos gebunden hat, die Durchführung der Preisbindung laufend überwacht und ihm bekannt werdende Verstöße unverzüglich verfolgt. Bei dieser Sachlage spreche nach allgemeiner Lebenserfahrung die Vermutung dafür, daß die tatsächliche Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems vorliege (typischer Geschehensablauf).[1)]

Ein Teil der Rechtslehre[2)] leugnet die Richtigkeit dieses Erfahrungssatzes mit der Begründung, die Vermutung könne nicht für alle Branchen gelten, wie schon das Vorhandensein "Grauer Märkte" zeige, vielmehr läge jeweils eine Einzelsituation vor, bei der es keinen typischen Geschehensablauf geben könne.[3)] Auch sei es auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts nicht die Regel, daß die vertraglichen Verpflichtungen eingehalten würden.[4)]

Die Schlüssigkeit des zweiten Arguments wird dadurch widerlegt, daß es viele Branchen gibt, in denen die Preisbindung seit Jahrzehnten reibungslos funktioniert.[5)] Wollte man als Regelfall von der Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten ausgehen, so würde der Abschluß von Reverssystemen sinnlos.

Aber auch das Bestehen von "Grauen Märkten" spricht nicht gegen den von der herrschenden Meinung[6)] entwickelten Erfahrungssatz. Denn bei ständiger Überwachung in dem erfor-

---

1) Beweis des ersten Anscheins (h.M.); st. höchstr. Rspr., BGH aaO, S. 140, 141 m.N.; OLG Koblenz aaO; Schwartz (GK) § 16, 90; Baumbach-Hefermehl § 1, 430 m.N.; Reimer 80. Kap. B III b (S.571); Lutz MA 1963, 169, 172/175; Koenigs NJW 1961, 1041, 1047; Martino MA 1964, 6, 10; Zwehl BB 1966, 186, 188.

2) Lukes ZZP 77 (1964), 78, 93 f.; ähnl. Plaßmann NJW 1963, 2097, 2099, 2101 sowie 2100.

3) Lukes aaO, S. 93.

4) Plaßmann aaO, S. 2100 (Preisbindungsverletzung sei üblich).

5) Martino MA 1964, 6,12. So z.B. im Kfz- und Buchhandel. Ähnlich liegt es auch im Drogerie- und Fotohandel.

6) Nachweise oben S. 2 Anm. 6, 7 sowie oben Anm. 1.

derlichen[1] Umfang sowie unverzüglichem Einschreiten gegen bekannt werdende Verstöße müssen die auftretenden Lücken zwangsläufig vorübergehender Natur sein. Das Entstehen von "Grauen Märkten" beruht regelmäßig auf (zu) hohen Handelsspannen sowie auf zu geringer Überwachung und bzw. oder nachlässiger Verfolgung. Der Nachweis gedanklicher Lückenlosigkeit, laufender Überwachung und unverzüglichem Einschreiten bei bekannt werdenden Preisbindungsverstößen begründet demnach eine Vermutung für die tatsächliche Lückenlosigkeit des Systems(Beweis des ersten Anscheins).[2]
Hierdurch ist der gegen die Preisbindung verstoßende gebundene Händler oder Außenseiter[3] nicht unbillig belastet, denn er kann diesen Anschein dadurch entkräften, daß er nicht entdeckte oder nicht verfolgte Verstöße seiner Konkurrenten oder aber den Bezug von einem nicht gebundenen Lieferanten nachweist.[4] Bei Lückenhaftigkeit des Systems ist die Einhaltung des gebundenen Preises nicht zumutbar; Nachteile für Dritte können durch die Angaben des verklagten Händlers daher in der Regel nicht entstehen.

Entscheidende Voraussetzung für die Vermutung tatsächlicher Lückenlosigkeit ist neben der gedanklich lückenlosen Einführung die ständige Überwachung des Systems.

---

1) Je nach Branche, Höhe der bestehenden Gewinnspanne, Warenart und dem in Betracht kommenden räumlichen Gebiet können Maßnahmen in unterschiedlichem Ausmaß erforderlich sein. Ähnl. BGH aaO, S. 147: ... das zu fordernde Ausmaß der Überwachung muß sich nach dem Ausmaß der Gefahr von Verstößen richten.
2) Im Ergebnis praktisch ebenfalls zust. Lukes ZZP 77 (1964), 78, 94, wenn er die tatsächliche Lückenlosigkeit als naheliegend bezeichnet und diesen Erfahrungssatz bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wissen will.
3) Außenseiter nennt man die Händler, die preisgebundene Markenwaren vertreiben, ohne sich zur Preiseinhaltung vertraglich verpflichtet zu haben.
4) Ähnl. BGH aaO, S. 141/142; Schwartz (GK) § 16, 9o; Baumbach-Hefermehl § 1, 43o; Martino MA 1964, 6, 12.

Bei Einrichtung eines eigenen Vertriebsnetzes oder Direktlieferung an den Einzelhandel ist in der Regel eine Überprüfung überflüssig. Als Überwachungsmaßnahmen kommen in Frage: allgemeine oder gezielte Umfragen, Überprüfung der Geschäftsbücher oder Überwachung durch beauftragte Personen, die als "Kunden" die Geschäfte besuchen und die preisgebundene Markenware einkaufen (sog. Testkäufer). Der Überwachung durch Testkäufer kommt in der Praxis die wichtigste Bedeutung zu,[1] denn sie orientiert den Hersteller schnell, sicher und unauffällig.

Mit den verschiedensten Methoden versuchen die Händler, ihre Durchbrechungen der Preisbindung zu verschleiern, um die Überwachung durch Testkäufe zu erschweren, wenn möglich auszuschalten. Zur Verhinderung von Kontrollkäufen werden in letzter Zeit häufig Hausverbotsschilder verwendet. Unter Berufung auf ihr strafrechtlich geschütztes Hausrecht untersagen die Händler allen Testkäufern den Zutritt zu den Geschäftsräumen. Der Text dieser Warnschilder ist normalerweise folgender:

> "Testkäufern ist das Betreten der Geschäftsräume strengstens verboten. Zuwiderhandlungen werden gemäß § 123 StGB als Hausfriedensbruch verfolgt."

Bei den Unterpreisverkäufen vertrauen die Händler auf die Kenntnis der Verbraucher von Festpreis und Qualitätskonstanz der Markenware und rechnen mit der vertraglichen Bindung der Mitbewerber, die diese daran hindert, der Preisermäßigung zu folgen. Die dadurch entstehende Kontrastwirkung führt selbst bei geringerer Verdienstspanne wegen der Belebung des Umsatzes zu Gewinnmöglichkeiten. Auch kaufen die Kunden vielfach nicht nur diese eine Ware, wodurch die Gewinnchancen weiter erhöht werden.

---

1) Dies betont die Rechtsprechung und die h.L. immer wieder; vgl. z.B. BGHZ 43, 359, 368 (Warnschild); 4o, 135, 141 (Trockenrasierer), st. Rspr; Baumbach-Hefermehl § 1,378, 38o; Schwartz (GK) § 16, 83; Lutz MA 1964,587,595.

Kernpunkt dieser Arbeit ist die Untersuchung, inwieweit Testkäufe geeignet sind, die lückenlose Durchführung des Preisbindungssystems zu gewährleisten. Da die Probekäufe nur dazu dienen, die auftretenden Lücken zu erkennen, nicht aber , diese zu schließen, muß auch geprüft werden, ob und wie der Preisbinder jede Art von Preisunterbietungen ausschalten kann. Weiter soll erörtert werden, ob und in welchem Umfang die Durchführung von Kontrollkäufen statthaft ist, sowie welches Vorgehen der Testkäufer im Einzelfall zweckmäßig und zulässig ist.

B. PREISBINDUNG DER ZWEITEN HAND

I. ALLGEMEINES

Sinn und Zweck des GWB ist die Erhaltung und Förderung des freien Wettbewerbes in der Wirtschaft.[1]

1) Verhältnis von § 15 und § 16 GWB

Aus diesem Grunde schützt § 15 die Abnehmer von Waren vor Einflußnahmen ihrer Lieferanten. Der Erwerber soll seine Verträge mit Dritten frei ausgestalten können. Durch diese Absicherung der Gestaltungsfreiheit der Händler wird die Vertragsfreiheit des Herstellers der Ware insoweit eingeschränkt. § 16 bestimmt demgegenüber, daß ein Unternehmer die Abnehmer seiner Markenwaren[2], die mit gleichartigen Waren anderer Unternehmen in Preiswettbewerb stehen, rechtlich[3] binden darf, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren (und bzw.) oder[4] ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen (vertikale Preisbindung). Dadurch wird die Vertragsfreiheit des Herstellers in bestimmtem Umfang wiederhergestellt, die Gestaltungsfreiheit seiner Abnehmer wird beschnitten.
§ 16 ist also formal eine Ausnahme[5] von der in § 15 aufgestellten Regel. Sachlich stellt jedoch § 16 den ursprünglichen Zustand der Vertragsfreiheit wieder her, der durch § 15 -als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz- eingeschränkt worden ist.[6]

---

1) Ähnl. Koenigs NJW 1961, 1041 f.
2) Auf die Preisbindung bei Verlagserzeugnissen wird nicht eingegangen, da ihre Besonderheiten für die Untersuchung ohne Belang sind.
3) Die wirtschaftliche Bindung wird nicht dargestellt.
4) Die Fassung des Gesetzes ist ein Redaktionsversehen, es sollte auch die durchlaufende Bindung zugelassen werden (allg. Meinung; Frankfurter Komm. § 16, 86 m.N.).
5) Wie sich auch eindeutig aus dem Wortlaut <gilt nicht> und der Vorgeschichte ergibt (vgl. Langen § 16,7 m.N.).
6) So m.R. Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 87 f.; Lieberknecht Anm. GRUR 1962, 425.

Die Auslegungsgrundsätze Regelnorm/Ausnahmebestimmung passen daher nicht; die Auslegung hat vielmehr (vornehmlich) nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und dem erkennbaren Zweck der Vorschrift zu erfolgen.[1]

2) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Preisbindung

a) Markenware

Markenwaren sind nach § 16 Abs. 2 alle Erzeugnisse, die mit einer Herkunftskennzeichnung versehen sind und deren Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte von dem preisbindenden Unternehmen gewährleistet wird. Die Herkunft der Ware muß durch ein besonderes Merkmal bezeichnet sein, das durch seine Form und Anbringung die Eigenschaft als "Markenware" für jeden Käufer zweifelsfrei erkennbar macht.[2] Nicht erforderlich ist, daß das Kennzeichnungsmerkmal rechtlich geschützt ist.[3] Entscheidende Voraussetzung für das Vorliegen einer Markenware ist die Gütegarantie.[4] Verletzt der Hersteller dieses Erfordernis, so hat das allerdings nur kartellrechtliche Bedeutung; zivilrechtlich besteht keine Gewährleistungspflicht.[5]

b) Preiswettbewerb[6]

Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Preisbindung ist, daß für die Markenware Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller besteht.

---

1) Im einzelnen vgl. Lieberknecht aaO, S. 425 f. Im Ergebnis zust. OLG Koblenz WRP 1964, 94, 101; Rasor/Schiedermair aaO m.N.; Schwartz (GK) § 16, 12 mit dem Hinweis, im Wirtschaftsleben seien die erlaubten Tatbestände (§ 16) die Regel, die Anwendung des Verbots (§ 15) die Ausnahme; wohl auch BGHZ 36, 370, 377, 379.
2) Allg. Meinung; Langen § 16, 35-38 m.N.
3) H.M.; Frankfurter Komm. § 16,10; Schwartz (GK) § 16,30.
4) Langen § 16, 14; Schwartz (GK) § 16, 31.
5) H.M.; Frankfurter Kommentar § 16, 17; Baumbach-Hefermehl § 16 GWB, 15; Völp S. 62.
6) Vgl. im einzelnen Müller S. 129-148; Kosiek S. 56-90; Holzheimer S. 174-185.

Was unter Wettbewerb oder Preiswettbewerb zu verstehen ist, regelt das GWB wegen der Vielgestaltigkeit der Ausformungen nicht.[1] Die Ausdeutung der Begriffe ist aus diesem Grunde im einzelnen sehr unterschiedlich.
Wettbewerb ist eine Verhaltensweise von rivalisierenden Anbietern (oder Nachfragern), die darauf gerichtet ist, durch Einsatz eines oder mehrerer Wettbewerbsmittel (Preis, Menge, Qualität, Rabatte, Konditionen, Service etc.) den eigenen Marktanteil zu schaffen, bzw. den bestehenden zu erhöhen oder gegen Angriffe Dritter zu verteidigen.[2]
Preiswettbewerb setzt mehrere selbständige Wettbewerber voraus, die individuell nach Abwägung der eigenen Leistung und der Wettbewerbslage einen bestimmten Preis festsetzen, um einen Anteil am bestehenden Markt zu erwerben, bzw. den eigenen Marktanteil zu vergrößern oder zu behaupten, so daß der Abnehmer die preisgünstigste, gleichartige Ware wählen kann.[3]
Preiswettbewerb besteht daher immer, wenn in Quantität und Qualität gleichartige Waren verschiedener Hersteller zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden.[4] Aber auch bei einheitlichen Preisen kann Preiswettbewerb bestehen, wenn die Preise unter Wettbewerbsdruck zustandegekommen sind.[5] Preiswettbewerb ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Hersteller aller gleichartigen Waren ihre Abnehmer- oder Wiederverkaufspreise kartellmäßig[6] festgelegt haben oder gleichartige Waren am Markt nicht vorhanden sind.

---

1) Ausschußbericht S. 13/14.
2) BKartA WRP 1966, 252; ähnl. BReg I/3462, S. 25 unter d.
3) BKartA aaO; ähnl. Frankfurter Komm. Erg zu § 16, 31.
4) Völp S. 65.
5) H.M.; BGH GRUR 1958, 24o, 244; KG WRP 1962, 237, 239ff.; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 171, 174; BKartA aaO; Frankfurter Kommentar § 16, 33 m.N.; Kosiek S. 82 m.N.
6) Sonstige unverbindliche Preisabsprachen genügen ebenfalls (Völp S. 66).

Für die übrigen Fälle der Preisgleichheit besteht keine einheitliche Meinung.
Aus dem Begriff Preiswettbewerb läßt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob unmittelbarer Preiswettbewerb vorliegen muß oder auch jeder sonstige Wettbewerb genügt, wenn nur durch diesen ein Wettbewerbsdruck auf den Preis ausgeübt wird (mittelbarer Preiswettbewerb).[1] Aufgrund dieser Unklarheit vertritt ein Teil der Lehre[2] die Meinung, Preiswettbewerb sei schon immer dann gegeben, wenn durch irgendein Wettbewerbsmittel mittelbar der Preis der Ware beeinflußt wird, denn der Preis stehe als relative Größe in Wechselbeziehung zum Gegenstand der Bewertung. Nach dieser Auffassung würde jede Form des Wettbewerbes genügen, da eine mittelbare Auswirkung auf den Preis -wenn auch u.U. in sehr geringem Umfang- immer besteht.
Dies widerspricht eindeutig der Entstehungsgeschichte des § 16 GWB und dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Der wirtschaftspolitische Ausschuß hat den Begriff "Wettbewerb" nämlich gerade deshalb durch "Preiswettbewerb" ersetzt, weil nicht jede Form des Wettbewerbes genügen sollte.[3] Durch das Erfordernis des Preiswettbewerbs auf der Herstellerstufe sollte gewährleistet werden, daß die gebundenen Preise der notwendigen Kontrolle des freien Wettbewerbs unterliegen.[4]
Preiswettbewerb darf daher nur dann bejaht werden, wenn der Wettbewerbsdruck so stark ist , daß das preis-

---

1) Vgl. dazu eingehend Kosiek S. 73.
2) Baumbach-Hefermehl § 16 GWB, 29; Schwartz (GK) § 16, 36, besonders deutlich 39 (S. 43o unten); Frankfurter Kommentar § 16, 31/32.
3) Ausschußbericht S. 21. Darauf weisen z.B. Langen § 16, 45 und Müller S. 132/133 (m.N. in Anm. 291) mit Recht hin.
4) Ausschußbericht S. 21; ähnlich auch die BReg I/3462, S. 3o.

bindende Unternehmen aus Wettbewerbsgründen an der Festsetzung höherer Preise gehindert ist.[1]

Preiswettbewerb ist demnach bei Preisgleichheit regelmäßig nur dann gegeben, wenn entweder erkennbare Qualitäts- bzw. Quantitätsunterschiede zwischen gleichartigen Waren bestehen (erheblich unterschiedliche Nutzwerte) oder sich die Preise im freien Wettbewerb zwischen mehreren selbständigen Unternehmen herausgebildet haben.[2]

Damit der Preiswettbewerb seiner wirtschaftlichen Kontrollfunktion gerecht werden kann, ist notwendig, daß der fremde Marktanteil nicht nur geringfügig ist.[3]
Das Kammergericht[4] hält es für ausreichend, wenn mindestens 10 o/o der gleichartigen Waren von fremden Herstellern stammen. Dieser relativ geringe Marktanteil wird jedoch nicht immer genügen. Es besteht die Gefahr, daß der Preisdruck nicht stark genug ist.
Das Vorliegen von Preiswettbewerb muß unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse, der Warenart, der Käufergewohnheiten u. ä. in jedem Einzelfall genau untersucht werden; die Höhe des fremden Marktanteils kann bestenfalls ein Indiz für das Bestehen von Preiswettbewerb sein.

Wirksamer Preiswettbewerb kann nur unter g l e i c h a r t i g e n Waren bestehen.

Gleichartigkeit ist zu bejahen, bei Waren innerhalb einer Qualitätsstufe, wenn diese denselben Verwendungszwecken[5] dienen und das konkrete Konsumbedürfnis der Abnehmer in annähernd gleichem Umfang befriedigen, d. h. wenn die

---

1) Nebenleistungswettbewerb genügt daher nicht. Im Ergebnis zust. Ausschußbericht S. 21; BGH WUW/E BGH 472,473; KG WUW/E OLG 461,463 ff., bes. 465; Langen § 16,45 m.N. Müller-Gries § 16,31; Rasch §§ 16/17,5; Kosiek S.89.
2) Holzheimer S. 178 (ähnl. Müller S. 144 ff.) bürdet in diesem Fall dem Preisbinder die Beweislast für den Preiswettbewerb auf. Das geht de lege lata zu weit.
3) Im Ergebnis zust. KG aaO, S. 465 f.; Langen § 16,47.
4) KG aaO, S. 463, 466.
5) Entscheidend ist die objektive Auffassung im Handelsverkehr; zust. Holzheimer S. 184.

Waren dem Durchschnittsverbraucher als austauschbar und durch einander ersetzbar erscheinen.[1]

Um die Effektivität des Preiswettbewerbs zu erhalten, darf der Begriff der Gleichartigkeit nicht weit ausgelegt werden.[2]
Nur wenn die Waren vom Durchschnittsverbraucher als u n b e d e n k l i c h a u s t a u s c h b a r angesehen werden, weil sie für ihn den gleichen Nutzeffekt herbeiführen, besteht der notwendige Wettbewerbsdruck.

Bei jedem Einkauf nimmt der Verbraucher eine Nutzenmaximierung vor und zwar hinsichtlich Grundnutzen, Funktionsnutzen und Zusatznutzen. Zumindest Grund- und Funktionsnutzen müssen gleich groß sein; beim Zusatznutzen genügt die ungefähre Gleichwertigkeit der Produkte.[3]

c) *Anmeldung*

Für das Inkrafttreten einer vertikalen Preisbindung ist gemäß § 16 Abs. 4 S. 1 noch erforderlich, daß das Unternehmen die Preisbindung bei dem Bundeskartellamt mit den nach § 16 Abs. 4 S. 2-4 notwendigen Unterlagen anmeldet und der Eingang der Anmeldung schriftlich bestätigt wird.

Die Preisbindungsverträge mit den Abnehmern der Markenwaren (Reverse), müssen wegen § 34 Abs. 1 schriftlich abgefaßt werden. Das bedeutet, daß die Aufnahme des Preisbindungsangebots in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des preisbindenden Unternehmens allein nicht genügt, sondern beide Vertragspartner eine entsprechende Erklärung unterschreiben müssen.[4]
Anstelle der Angabe fester Preise ist die Bezugnahme auf die jeweils geltende Preisliste zulässig.[5]

---

1) *Die Formulierungen sind im einzelnen unterschiedlich, doch hat sich diese Definition im wesentlichen durchgesetzt; BKartA WRP 1966,252; Baumbach-Hefermehl§ 16 GWB,26; Langen § 16,48; Völp S. 65 m.N.; Kosiek S.67 f.*
2) *A.A. z. B. Kosiek S. 68 ohne Begründung.*
3) *Zur Nutzenmaximierung durch die Verbraucher unter bes. Berücksichtigung der Markenartikel vgl. Wilhelm(I)S.33ff.*

Allerdings muß das preisbindende Unternehmen das Risiko aus Unklarheiten tragen.[1)]

d) Lückenlosigkeit der Preisbindung

Fraglich ist, ob auch die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems als materielle Wirksamkeitsvoraussetzung der vertikalen Preisbindung nach § 16 anzusehen ist.

Dies wird sowohl für die gedankliche als auch für die tatsächliche Lückenlosigkeit von der herrschenden Meinung abgelehnt.[2)]
Als Argumente werden immer wieder angeführt, daß Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 GWB keinerlei Anhaltspunkte enthielten und es wirtschaftlich nicht erforderlich sei, die Lückenlosigkeit als kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung anzusehen.[3)]

Ausgangspunkt für die Auseinandersetzung mit dieser Auffassung ist der Wortlaut des § 16.

§ 16 Abs. 1 bestimmt, daß ein Unternehmen "die Abnehmer" seiner Markenwaren binden muß. § 16 greift als Ausnahme zu § 15 demnach nicht ein, wenn nur einzelne und nicht "die Abnehmer" gebunden werden.[4)]
Für diesen Fall bleibt es also bei der Regel des § 15.

---

4) §§ 34 Abs. 1 S. 1,2 GWB/ § 126 Abs. 1BGB. Vgl. Langen § 16, 145; Baumbach-Hefermehl § 16 GWB,53 m.N.,55; Sasse S.13 m.N. in Anm. 34; a.A. Schwartz (GK) § 16,72.
5) Arg. § 34 Abs. 1 S. 3; OLG Frankfurt WUW/E OLG 447,449; Schwartz (GK) § 16,73; Langen § 16, 146.

1) So m. R. Langen aaO.
2) BGH WUW/E BHG 2o5,215 (Waldbaur);623,624 (Grauer Markt) st. Rspr;Schwartz (GK) § 16,19 m. N.; Völp S. 1o2 ff., 1o9; Kosiek S. 177 m.N. in Anm. 296.
3) Vgl. z. B. Kosiek S. 175 ff., 176/177.
4) Lukes ZZP 77 (1964), 78, 85.

Der weitere Text ergibt allerdings, daß dies nicht für Abnehmer auf verschiedenen Handelsstufen gilt, sondern nur für sämtliche in gleicher Funktion tätigen Abnehmer.[1]

Bestätigt wird diese Auslegung durch § 16 Abs. 4 S.2. Dieser lautet:

"Der Anmeldung sind vollständige Angaben über a l l e ... berechneten Abgabepreise, über d i e Handelsspannen sowie darüber beizufügen, ob nur b e s t i m m t e Abnehmergruppen beliefert werden oder ob bestimmte Abnehmergruppen von der Belieferung ausgeschlossen sind."

Eine weitere Bestätigung dieser Auslegung scheint sich aus dem Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 zu ergeben.[2] § 26 Abs. 2 ist jedoch ein selbständiger kartellrechtlicher Tatbestand, aus dem keine Folgerungen für die in § 16 geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen der vertikalen Preisbindung hergeleitet werden können.[3] Dies ergibt sich auch daraus, daß nicht jede Lücke in einem Preisbindungssystem gleichzeitig einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 darstellt.[4]

Gegen die hier vorgenommene Auslegung des § 16 GWB kann die Entstehungsgeschichte nicht angeführt werden.[5]

Seit Bestehen des Regierungsentwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952[6] ist nie in Frage gestellt worden, daß zur Wirksamkeit eines Preisbindungssystems das preisbindende Unternehmen d i e , d. h. alle Abnehmer seiner Markenwaren, die der gleichen

---

1) Dies erklärt sich aus dem Sinn und Zweck des GWB (Lukes aaO, S. 85/86).
2) Linhardt-Stöhr BB 1957, 1021,1023; Fikentscher Preisempfehlung S. 31; Schwartz (GK) 1. Aufl. § 16,60 wollen aus § 26 Abs. 2 herleiten, daß die LL eine kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 sei.
3) Langen 3. Aufl. § 16 IV vor 1 (S. 155); Völp S. 109; WRP 1958, 353, 356; Kosiek S. 176.
4) Völp aaO; Kosiek aaO (z.B. Preisbinder duldet Durchbrechungen generell).
5) A.A. Kosiek S. 176/177.
6) BT-Drucks. I/3462; § 11 (heutige § 16) abgedruckt S.2/3

Abnehmergruppe angehören, binden muß.
Die lückenhafte Ein- oder Durchführung einer Preisbindung wird in den umfangreichen Materialien zum GWB an keiner Stelle erwähnt.[1)]

Hieraus zu schließen, der Gesetzgeber habe die Lückenlosigkeit zwar nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung i. S. des § 16 , wohl aber die bewußte Lückenhaftigkeit als Mißbrauch i. S. von § 17 Abs. 1 Nr. 2 angesehen, ist nicht einleuchtend.[2)]

---

1) *BT-Drucks. I/3462; II/1158; II/3644.*
BT-Sitzungsberichte I/22o; II/76, 77, 222, 223.

In der 74. Sitzung des Wirtschaftsausschusses (16.Ausschuß) ist bei der Beratung des von der BReg eingebrachten Entwurfs zur Änderung des GWB (IV/2564) sowie des von der SPD-Fraktion eingebrachten entspr. Entwurfes (IV/2337) ursprünglich erwogen worden, bei der neu einzuführenden Vermutung in § 17 Abs. 1 S. 2 GWB die Lückenhaftigkeit der Preisbindung als Indiz für das Vorliegen der Voraussetzungen von Nr. 3 anzusehen; Kurzprotokoll S. 1o-11(zit. nach Schwartz Nachtrag zum GK § 17,8). Schwartz aaO meint, diese Kennzeichnung sei <offenbar> deshalb unterblieben, <weil der Eindruck vermieden werden sollte, als ob das BKartA das zivilrechtliche Gebot der Lückenlosigkeit als kartellrechtliches Erfordernis anzusehen habe>. Diese Folgerung erscheint gesucht. Die Formulierung in § 17 Abs.1 S. 2 ("...., wenn die gebundenen Preise auf dem gesamten Markt oder auf einem Teil des Marktes in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten werden,...") soll doch nur die Fälle der Lückenhaftigkeit möglichst genau umschreiben, in denen die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 3 wahrscheinlich vorliegen. Aus diesem Grunde wurde auch die Formel "in einer nicht unerheblichen Zahl" durch die Fassung "in einer erheblichen Zahl" ersetzt.
Die ungenaue Umschreibung "Lückenhaftigkeit der Preisbindung" wird daher in der Begründung (IV/2564,S.9) und dem Ausschußbericht (IV/3533, S. 4) gar nicht erwähnt(das gibt auch Schwartz aaO zu).

2) *Schwartz (Nachtrag GK) § 17,8 weist darauf hin, daß die Vermutung des § 17 Abs. 1 S. 2 (eingefügt durch Novelle vom 15. 9. 1965 - BGBl I,S. 1363 ff.) überflüssig sei, da bei bewußt geduldeter Lückenhaftigkeit immer eine mißbräuchliche Handhabung i. S. von § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 vorliege.*
Daraus, daß der Gesetzgeber diese Vermutung dennoch für notwendig hielt, könnte gefolgert werden, daß er zumindest nicht jede Lückenhaftigkeit als mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung ansah und deshalb diese zusätzliche Sicherung zur Beweiserleichterung einführte.

Zudem erscheint es schwer begründbar, daß zwar das Preisbindungssystem als solches bestehen bleiben, ihm aber wegen der fehlenden gedanklichen oder tatsächlichen Lückenlosigkeit kein Rechtsschutz gewährt werden soll.[1] Die Preisbindung steht also nur noch auf dem Papier, ohne daß sie durchsetzbar wäre.

Weiter ist es auch unrichtig, daß es wirtschaftlich nicht erforderlich sei, eine lückenhafte Preisbindung bereits nach § 15 für kartellrechtlich unzulässig zu halten, denn die Interessen der beteiligten gebundenen Händler sind durch zivilrechtliche Ansprüche nicht hinreichend geschützt. Die Nichtigkeit des Preisbindungsvertrages gemäß § 15 GWB können die Zivilgerichte selbst feststellen, aus einer mißbräuchlichen Handhabung i.S. des § 17 Abs. 1 S.1 Nr. 2[2] können sie demgegenüber unmittelbar keine Folgerungen ableiten. Um die gebundenen Händler zu schützen, werden in der Hauptsache drei Hilfskonstruktionen bemüht:

aa) Lückenlosigkeit sei Geschäftsgrundlage des Preisbindungsvertrages 3),

bb) Lückenlosigkeit sei Inhalt jedes Preisschutzvertrages 4),

cc) Bei Lückenhaftigkeit des Preisschutzsystems sei den Händlern die Einhaltung der Preisbindung nicht zumutbar (§ 242 BGB) 5).

---

1) So aber z.B. Kosiek S. 175; ähnl. im Ergebnis die h.M. (vgl. die N. oben S. 1 Anm. 4).

2) Welche bei Lückenhaftigkeit des Systems allgemein bejaht wird; BKartA WUW/E BKartA 841, 842; Völp S. 1o9f.; Langen § 16, 5o; Baumbach-Hefermehl § 1, 371.

3) OLG Düsseldorf BB 1957,66o; Völp S.1o4f.; v. Gamm NJW 1959,964,967;Schwartz (GK) §16,81; Löffler-Thümmel BB 1957,1o94; Lehmpfuhl MA 196o,683,684; Meyer MA 1953,61,63

4) Baumbach-Hefermehl § 1,4oo; Zwehl BB 1966,186,187;Schütte S. 111/112 m.N.; Müller S. 225;ähnl. Loos BB 1958, 1217, 1218.

5) St. Rspr des BGH; BGHZ 4o,135,139 m.N.(Trockenrasierer); w.N. aus der Rspr Frankfurter Komm. § 16, Anh.1,2. Oft sprechen die Gerichte auch davon, daß das Verlangen nach Preiseinhaltung unzulässige Rechtsausübung sei.

Allen diesen Hilfskonstruktionen ist gemeinsam, daß auf die einzelvertragliche Bindung und nicht auf das Preisbindungssystem abgestellt wird. Daraus läßt sich erklären, daß sowohl die Rechtsprechung[1] als auch die überwiegende Rechtslehre[2] vom Preisbinder nicht die Verwirklichung der tatsächlichen Lückenlosigkeit (Leistungs e r f o l g), sondern nur die gedanklich lückenlose Einführung sowie zumutbare Überwachung und Verteidigung des Preisbindungssystems (Leistungs h a n d e l n) fordern. Auf diese Weise wird unter Umständen der Einzelhändler länger an der Preisbindung festgehalten, als es nach der Wettbewerbslage vertretbar erscheint.[3]
Weiter können auch für die Allgemeinheit Nachteile entstehen, da im Zusammenbruch einer Preisbindung allein noch kein Mißbrauch i.S. des § 17 Abs.1 S. 1 Nr. 2 gesehen werden kann,[4] so daß eine Aufhebung der Preisbindung durch das Bundeskartellamt nur nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3/S. 2 möglich wäre. Das formale Weiterbestehen der Preisbindung wird oft dazu führen, daß zwar in Großstädten, nicht aber in Kleinstädten und ländlichen Gegenden die festgesetzten Endverbraucherpreise unterboten werden. Hier tritt durch die vertikale Preisbindung eine Störung der Wettbewerbsordnung ein, die keineswegs dem Schutze echter Markenwaren dient oder andere schutzwürdige Zwecke fördert.

Auch darf nicht vergessen werden, daß die beweisrechtliche Situation des gebundenen Einzelhändlers recht ungünstig ist, denn er trägt für den Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Meinung aa) oder der Unzumutbarkeit (Meinung cc) sowie für die Einrede des nichterfüllten

---

1) BGH WUW/E BGH 623, 626 (Grauer Markt); 551,558 (Trockenrasierer); OLG Hamburg BB 1962, 1348, 1349.
2) Lutz MA 1963, 169, 17o, 172; Kosiek S. 17o ff.,bes. S. 173/174; ähnl. Koenigs NJW 1961, 1o41, 1o47; a.A. Lukes Anm. NJW 1964, 1955,1956 f.; Langen § 16, 9.
3) Entscheidend ist nämlich für den Einzelhändler nur das Ergebnis der Bemühungen des Preisbinders, d.h. das Bestehen einer konformen oder ungleichmäßigen Wettbewerbslage.
4) Vgl. z.B. Völp S. 11o;Schwartz (GK) § 17,21; a.A. Baumbach-Hefermehl § 1, 371.

Vertrages (Meinung bb) die Beweislast.[1]
Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems als kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung anzusehen, daher trägt der Preisbinder die Behauptungs- und Beweislast.[2] Hierbei muß allerdings beachtet werden, daß vereinzelte Fehlschläge sowie zeitlich oder örtlich begrenzte Lücken, die der Preisbinder in absehbarer Zeit wieder zu schließen vermag, für den Schutz des Bindungssystems unschädlich sind, da sie sich auch bei bester Organisation und marktgerechten Preisen nicht vermeiden lassen.[3] Es ist jedoch denkbar, daß sich selbst in diesen Fällen aus der örtlichen Situation eine zu weitgehende Wettbewerbsbeeinträchtigung eines oder mehrerer Einzelhändler ergeben kann, was zivilrechtlich zu berücksichtigen wäre.[4]

Schließlich ist zu bedenken, daß durch § 17 GWB das Bundeskartellamt die Möglichkeit erhalten sollte, überall dort einzugreifen, wo irgendwelche Mißstände bei einer Preisbindung auftreten.[5] Eine mißbräuchliche Handhabung i.S. des § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 liegt jedoch nicht schon bei jeder Lückenhaftigkeit vor.[6] Besonders bei einer lücken-

---

1) Vgl. BGH WUW/E BGH 623, 625/626 (Grauer Markt); Baumbach-Hefermehl § 1, 396 m.N.
2) Baumbach-Lauterbach Anh. zu § 282, 2: <Wer ein Recht in Anspruch nimmt, muß die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen>. Die Bindung der Endverbraucherpreise ist nach §§ 16/15 GWB nur wirksam, wenn das System lückenlos ist. Hierfür spricht der erste Anschein, falls lückenlose Einführung sowie angemessene Überwachung und Verteidigung nachgewiesen (Prima-facie-Beweis).
3) H.M.; N. oben S. 2 Anm. 3.
4) Damit es in diesen Fällen vom Gericht berücksichtigt werden kann, müßte sich der Händler darauf berufen und den Nachweis führen. Vgl. im einzelnen die Meinungen aa-cc) oben S. 16 m.N. in Anm.3-5 sowie S. 18 Anm. 1.
5) Mißstände in diesem Sinne sind alle Wettbewerbsbeschränkungen, die über das hinausgehen, was zum Schutze der Markenware unbedingt nötig ist.
6) Z.B. nicht bei unbewußter Lückenhaftigkeit oder bei nur vorübergehenden Lücken, die der Preisbinder umgehend wieder zu schließen vermag (Völp S. 1o9/11o).

haften Einführung erscheint es nicht möglich, von einer mißbräuchlichen Handhabung zu sprechen.[1)]
Die Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes kann nur dann in dem erforderlichen Ausmaß wirksam werden, wenn die Lückenlosigkeit als kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung i.S. des § 16 GWB angesehen wird.[2)]

3) Mißbrauchsaufsicht(§ 17) und Diskriminierungsverbot(§26)

Die Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes soll gewährleisten, daß Preisbindungen nur solange aufrecht erhalten bleiben, wie die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 16 Abs. 1-3 vorliegen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1), die Preisbindung im

---

1) So aber z.B. Baumbach-Hefermehl § 17 GWB, 4, 8; Kosiek S. 195. Aus den umfangreichen Materialien zum GWB läßt sich keinerlei Hinweis entnehmen, daß Lückenhaftigkeit als "Mißbrauch" i.S. des § 17 anzusehen ist; vgl. z.B. Ausschußbericht S. 22.

2) Im Ergebnis zust. Lukes ZZP 77 (1964), 78, 85 ff.; Anm. NJW 1964, 1955/56 (allerdings nur für die ursprünglich vorhandene Lückenlosigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses); Linhardt-Stöhr BB 1957, 1021, 1023; Fikentscher Preisempfehlung S. 31; Schwartz (GK) 1. Aufl. § 16, 60.

Befürwortet wurde dies vom Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels e.V. MA 1962, 143, 144; der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels MA 1962, 149, 151/152; dem Rat des deutschen Handels MA 1962, 157, 158 und dem Deutschen Industrie- und Handelstag MA 1962, 168, 169/170.

Demgegenüber hat die Rspr und überwiegende Rlehre auch nach Inkrafttreten des GWB die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten bei einer lückenhaften Preisbindung nach den überkommenen Grundsätzen beurteilt. Nirgends wird danach gefragt, ob die lückenhafte vertikale Preisbindung wegen Fehlens einer kartellrechtlichen Voraussetzung nach § 15 GWB unzulässig ist. Vgl. z.B. BGH WUW/E BGH 205, 215 (Waldbaur); 623, 624 (Grauer Markt):"Die kartellrechtliche Zulässigkeit der von der Kl. eingeführten Preisbindung bedarf danach keiner Erörterung. Für die unter den Parteien allein streitigen Punkte, nämlich für die praktische Lückenlosigkeit dieser Preisbindung ..., ist aus § 16 GWB nichts zu entnehmen." Im übrigen vgl. Schwartz (GK) § 16, 19 m.N.

Sinne des GWB gehandhabt wird (§ 17 Abs. 1 Nr. 2/S. 3) und sie nicht geeignet ist, eine der im Gesetz mißbilligten Folgen herbeizuführen (§ 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3/S. 2). Wenn kein Aufhebungstatbestand gegeben ist, werden die Preisbindungen dem Sinn und Zweck des GWB gerecht. Daher bestimmt § 17 Abs. 2, daß das Bundeskartellamt vor Erlaß einer Unwirksamkeitserklärung abmahnen muß. Regelmäßig wird auf diesem Wege der beanstandete Mißbrauch abgestellt, ohne daß es zu einer gestaltenden Verfügung des Bundeskartellamtes kommt.[1)]

Neben der Mißbrauchsaufsicht dient auch das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 der Durchsetzung einer verzerrungsfreien Wirtschaftsordnung für alle Marktteilnehmer.[2)] Die sich gemäß § 16 ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen sollen der willkürlichen Handhabung durch den preisbindenden Unternehmer entzogen werden, da die gleichmäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigung die Abnehmer am geringsten belastet.[3)]

4) Zusammenfassung

> Die vertikale Preisbindung für Markenwaren wird in den §§ 15-17, 26 Abs. 2, 34 GWB geregelt.
>
> Alle Bestimmungen sind so auszulegen, daß die Wettbewerbsfreiheit in möglichst großem Umfang gewahrt bleibt. Mißbräuche der eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen können auf diese Weise weitgehend verhindert werden.

---

1) BKartA TB 1965, S. 17o: bis zum 31. 12. 1965 wurden 927 Mißbrauchsverfahren eingeleitet, davon sind bisher nur 23 durch unanfechtbar gewordene Verfügungen des Bundeskartellamtes beendet worden.
2) Baumbach-Hefermehl § 17 GWB, 23.
3) Ähnlich Baumbach-Hefermehl § 17 GWB, 33, 35.

II. ZULÄSSIGKEIT DER VERTIKALEN PREISBINDUNG[1]

1) Ausgangspunkt (§ 16 GWB)

Der Gesetzgeber hat nach eingehenden Untersuchungen und Ausschußberatungen die vertikale Preisbindung in § 16 zugelassen, weil die Vorteile für die Wirtschaftsordnung die Nachteile überwiegen.[2]
An diese wirtschaftspolitische Entscheidung sind die Gerichte gebunden.[3]
Doch hat sich in der Praxis bisher noch nicht durchsetzen können, daß es den Gerichten wegen dieser Entscheidung des Gesetzgebers untersagt ist, an die Voraussetzungen der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems unerfüllbare Anforderungen zu stellen, was im Ergebnis einer Aufhebung der Preisbindung gleichkommt.[4]
Der Grund für diese "Behinderung" der vertikalen Preisbindung durch einige Gerichte liegt in den bisher noch nicht ausreichend geklärten wirtschaftlichen Auswirkungen. Zwar fehlt es nicht an Behauptungen, kürzeren oder längeren Untersuchungen sowie Meinungsumfragen, aber die bestehenden Interessengegensätze haben es bisher immer wieder unmöglich gemacht, eine Annäherung der Standpunkte herbeizuführen.

---

1) Im Rahmen der Arbeit soll die Zulässigkeit der vertikalen Preisbindung nicht umfassend erörtert werden. Im übrigen sei verwiesen auf Wilhelm, Preisbindung für Markenartikel (I), Preisbindung und Wettbewerbsordnung (II); Mellerowicz Markenartikel S. 141-253; Röper bes. S. 90-192, Gutachten 1964; Schär Diss. 1958;bes. S. 21-53; Kosiek Diss. 1962, bes. S. 18-32, 96 f.; Müller Diss. 1964, S. 72-104 m. v. N.; sowie andererseits BReg IV/617, S. 21-55; BKartA TB 1960, S. 112-115.

2) BT-Drucks. I/3462, S.30; II/1158, S. 36; II/zu 3644, S. 20 f.

3) H.M.; vgl. z.B. OLG Koblenz WRP 1964, 94, 98; Gleiss/Hootz Anm. NJW 1963, 1505; Sasse S. 50; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 89; Lieberknecht NJW 1963, 609,614; Gleiss NJW 1961, 2100,2101; ähnl. Schwartz (GK) § 16,89 (S. 473/474).

4) Zust. OLG Koblenz aaO; OLG Hamm NJW 1963, 1505, 1506; ähnl. Paul NJW 1964, 129,132; MartinoMA 1964, 6,12; a.A. OLG Frankfurt NJW 1963, 114,115 f.; Plaßmann NJW 1963, 2097,2099.

Die Argumente sind heute zum großen Teil noch die gleichen wie vor zwanzig und mehr Jahren.

Dennoch ist es erforderlich, die Hauptargumente kurz darzustellen.

2) Nachteile der vertikalen Preisbindung

Um den Überblick zu erleichtern, wird hier nach den entscheidenden Auswirkungen untergliedert in gesamtwirtschaftliche (a-c), händlerbezogene (d-e) und verbraucherbezogene (f-g) Nachteile.

a) Vertikale Preisbindung sei für freie Marktwirtschaft systemwidrig [1]

Betrachtet man die vertikale Preisbindung vom Blickwinkel der liberalen Lehrmeinungen aus, denen es darum geht, die freie Marktwirtschaft kompromißlos zu verwirklichen, so bedeutet der gebundene Endverbraucherpreis einen Störungsfaktor im System, da die freie Konkurrenz und das Einpendeln von Angebot und Nachfrage durch die Preisbindung behindert werden.

Um die Vorteile einer kontinuierlichen Massenproduktion ausnutzen zu können, ist der kurzfristige Ausgleich bewußt ausgeschlossen worden.
Stabile Preise bedeuten im Zeitalter der dauernden Preiserhöhungen eine relative Preissenkung.
Auch lassen sich die finanziellen Aufwendungen für Forschung und Marktanpassung bei stetigem Absatz leichter einplanen.

Wenn man die Preise einer Reihe bekannter Markenwaren während der letzten 15 Jahre betrachtet, ergibt sich das erstaunliche Bild, daß zu der Preiskonstanz seit durchschnittlich 1o und mehr Jahren und den in diesem Zeitraum vorgenommenen Qualitätsverbesserungen zum Teil noch

---

1) So Z. B. BReg IV/617, S. 24 f.

erhebliche Preissenkungen treten.[1]

Das zeigt, daß von der formellen Systemwidrigkeit nicht so ohne weiteres auf Wirtschaftsfeindlichkeit geschlossen werden darf.

b) Verhindere Einführung eines leistungsfähigeren Handelssystems[2]

Gemeint ist hiermit wohl, daß die vertikale Preisbindung die Ausweitung des Discount-Netzes, der Supermärkte, Großkaufhäuser sowie der Selbstbedienungsgroßhändler beeinträchtige.

Gegen diese These spricht, daß durch die preisgebundene Markenware das Risiko der Massenproduktion herabgesetzt wird, da auf längere Sicht geplant und deshalb die Rationalisierungseffekte besser ausgenutzt werden können.[3] Weiter haben Selbstbedienungsgeschäfte und Automatenverkauf gerade durch die vertikale Preisbindung einen wesentlichen Aufschwung genommen, da wegen der Werbung und Aufklärung durch den Hersteller die preisgebundene Markenware bereits "vorverkauft" ist und sich ein Kaufgespräch erübrigt.[4]

Außerdem ist der Anteil der preisgebundenen Markenwaren am Einzelhandelsumsatz regelmäßig nur gering.[5]

Der Einzelhandel kann daher diese Produkte durch nicht preisgebundene Markenwaren, Handelsmarken oder anonyme Waren ersetzen[6], aus dem Vertrieb ausklammern oder zu den festgesetzten Preisen verkaufen, ohne daß normalerweise eine wesentliche Beeinträchtigung seines Umsatzes

---

1) Vgl. die Tabellen bei Röper (Gutachten) S. 38/39,45 sowie S. 26; ähnl. Markenverband MA 1966, 527, 531.
2) BReg IV/617, S. 29/30.
3) Ähnl. Röper (Gutachten) S. 57; Spahr MA 1965, 616.
4) BKartA TB 1960, S. 112 (A6); Wilhelm (I) S.17;(II)S.28.
5) Vgl. z.B. die Zusammenstellung in MA 1962, 11-15; 1963, 247-251; Wilhelm (II) S. 23,36, im einzelnen siehe Anhang S. 68-73; Röper (Gutachten) S. 12, 17, 49, u.ö. Im Durchschnitt wird man etwa von 10-15 o/o ausgehen dürfen.

zu befürchten wäre.

Die Entwicklung leistungsfähiger Handelssysteme wird also durch die vertikale Preisbindung gar nicht oder nur geringfügig erschwert.

c) Benachteiligte Klein- und Mittelbetriebe [1]

Es wird behauptet, daß die vertikale Preisbindung sowohl auf der Hersteller- als auch auf der Handelsstufe die Klein- und Mittelbetriebe benachteiligte. Wegen der immensen Kosten bei Einführung und Durchsetzung seien nur Großbetriebe in der Lage, sich des Mittels der vertikalen Preisbindung zu bedienen.[1]
Diese These ist nicht zwingend, denn ein kleinerer Betrieb wird regelmäßig an einen leichter zu überschauenden Kundenkreis liefern und die Händler durch höhere Rabatte zum Einsatz für die Markenware veranlassen, so daß die auftretenden Kosten nicht übermäßig hoch sind.[2]

Auch die Annahme, daß Großunternehmen der Handelsstufe über die Mengenrabattstaffeln aus der vertikalen Preisbindung besondere Vorteile ziehen könnten,[3] ist nicht richtig. Die Gewährung von Mengenrabatt ist nicht auf den Bereich der Preisbindungen beschränkt, sondern wird allgemein bei Erreichung eines bestimmten Umsatzes gewährt.[4]
Weiter darf nicht vergessen werden, daß das Sortiment der Waren- und Kaufhäuser meist nur wenige preisgebundene Markenwaren enthält; die Stückgewinne also nur einen geringen Beitrag zur Ausgleichskalkulation liefern können.[5]

---

6) Bei der Sortimentszusammenstellung hat der Händler die ständige uneingeschränkte Wahlmöglichkeit unter einem reichen Markenartikelangebot und markenfreien Substituten. Er ist selten auf einen bestimmten Markenartikel angewiesen; vgl. Schär S. 30.

1) BReg IV/617, S. 31.
2) Wilhelm (II) S. 53 ff.; ähnl. Markenverband MA 1966, 527, 531/532; Mellerowicz MA 1965, 11.
3) BReg aaO.
4) Lutz MA 1962, 863, 864.
5) Lutz aaO; Markenverband aaO, S. 532.

d) Schalte den Preiswettbewerb der Händler aus und vermindere damit deren Leistungsstreben [1]

In dieser allgemeinen Form ist die These jedenfalls unrichtig, denn die preisgebundenen Markenwaren machen im Durchschnitt nur etwa 10-15 o/o des Sortiments aus.[2]

Aber auch sonst ist diese Behauptung fragwürdig, sie setzt nämlich voraus, daß im Einzelhandel der Preiswettbewerb das entscheidende Wettbewerbsmittel ist. Um das Ergebnis vorwegzunehmen, dies ist nicht der Fall, vielmehr herrscht im Einzelhandel eine auffallende Preisträgheit.[3]
Hierfür gibt es im wesentlichen drei Gründe:

aa) Der Durchschnittskunde hat nur geringes Preisbewußtsein[4], da er nur wenige Preise genau kennt.

bb) Im Einzelhandel besteht keine echte Konkurrenz, da das gleiche Angebot regelmäßig nicht am gleichen Ort erfolgt (Vorwiegen oligopolistischer Formen).[5]

cc) Die Einzelhändler haben mit der echten Preiskonkurrenz im allgemeinen negative Erfahrungen gemacht.[6] Der Kunde erkennt nämlich nur auffallende Unterschiede, die dann leicht einen ruinösen Preiskampf auslösen können.

---

1) BReg IV/617, S. 29/3o; BKartA TB 196o, S. 113 (Bl).
2) N. vgl. oben S. 23 Anm. 5.
3) Im einzelnen dazu Röper S. 42-45; Müller-Beilschmidt MA 1959, 297, 3o1 ff.
4) Röper S. 45; Messing MA 1963, 253 ff.; Suzanne MA 1966, 368 ff. Messing aaO, S. 253 f. nennt folgendes Beispiel:Ein Supermarkt hatte durch Kundentest ermittelt, daß 85 o/o aller Kunden nur etwa 1o Preise kannten, die restlichen 15 o/o kannten ca. 38 Preise der vorhandenen 2ooo-3ooo Lebensmittelartikel. Die am häufigsten genannten Artikel wurden mit 10 o/o Spanne, die nächsten 38 mit einer Spanne von 12 o/o kalkuliert. Bei allen übrigen Waren wurde eine viel zu hohe Spanne zugrundegelegt. Die so erreichte Preisoptik war ein voller Erfolg. Dieses Unternehmen galt als billig, die Umsätze stiegen innerhalb von 5 Monaten auf das 2 1/2 fache.

Auch will der Verbraucher nicht nur billig, sondern vor allen Dingen zweckmäßig und bequem einkaufen.[1] Standort Auswahlmöglichkeiten, Beratung, Schnelligkeit und Freundlichkeit der Bedienung, Frische der Ware, gute Qualität u.v.a. spielen neben oder vor den Preisen die entscheidende Rolle.
Aus diesen Gründen tritt der direkte Preiswettbewerb im Einzelhandel regelmäßig hinter dem Service im umfassenden Sinne zurück.[2] Aktiven Preiswettbewerb betreibt der Handel maximal mit 5 o/o seines Angebots.[3] Dieser Preiswettbewerb ist bei den preisgebundenen Markenwaren bewußt ausgeschlossen worden. Hierdurch wird das Leistungsstreben der Händler nicht vermindert, da der Nebenleistungswettbewerb durch die Preisbindung nicht ausgeschlossen wird. Aktiven Preiswettbewerb können die Händler mit allen nicht preisgebundenen Artikeln des Sortiments betreiben.

---

5) Röper S. 45.
6) Röper S. 45, 42 f.; Müller-Beilschmidt aaO.

1) Vgl. Röper (Gutachten) S. 49.
Bestätigt durch viele Meinungsumfragen; N. bei Röper S. 44 (billige Ware gibt nur ca. 5 o/o der Käufer für die Bevorzugung bestimmter Geschäfte an. Bei Fachgeschäften entscheidet regelmäßig die Frische und Güte der Ware oder die große Auswahl. Bei Lebensmittelgeschäften ist die günstige Lage meist ein sehr wichtiges Kriterium.); ähnlich MA 1964, 49 f. (ohne Verfasserangabe); Kruse MA 1959, 793, 798.

Lutz MA 1962, 771, 773 betont mit Recht, daß die Mehrzahl der Verbraucher stärker an Dienstleistungen interessiert sind und die Erweiterung des Kundendienstes durch Kundentreue honorieren.

Die Händler betreiben daher Dienstleistungswettbewerb und nur selten aktiven Preiswettbewerb, weil sie sich davon einen höheren Gewinn versprechen. Dies hat sich auch bei den sog. Niedrigpreisgeschäften gezeigt. Die meisten gewähren heute wieder Kundendienst und haben stillschweigend ihre Preise hochgesetzt.
2) Röper S. 42; (Gutachten) S. 50 ff.
3) Röper (Gutachten) S. 51; ähnlich Suzanne MA 1966, 368.

e) Einzelhändler werde zum bloßen Agenten des Herstellers herabgewürdigt [1]

Der Handel hat im wesentlichen drei Funktionen: [2]

aa) die Überbrückungsfunktion hinsichtlich Raum, Zeit und Preis;

bb) die Warenfunktion in bezug auf Qualität, Quantität und Sortiment;

cc) die Funktion des Makleramtes sowohl bei Markterschließung als auch bei Interessenwahrung und Beratung gegenüber Lieferant und Abnehmer.

Durch die vertikale Preisbindung wird die Möglichkeit freier Kalkulation bei den preisgebundenen Markenwaren ausgeschlossen.
Hierin liegt keine wesentliche Beschränkung der Selbständigkeit der Händler, da im Handel regelmäßig eine Gesamtkalkulation des Sortiments auf der Grundlage des Gesamterlöses stattfindet.[3] Stückkalkulation scheidet im allgemeinen aus, weil die konkreten Stückkosten einer Einzelware sich wegen der oft wechselnden Einstandspreise und Umschlagsgeschwindigkeiten nicht genau berechnen lassen.

Die Selbständigkeit der Einzelhändler wird auch nicht dadurch eingeschränkt, daß der preisbindende Unternehmer die Markterschließung durch Werbemaßnahmen erleichtert. Der Händler entscheidet selbst, ob und in welchem Umfang er Waren vertreiben will, auch wenn diese Entscheidung maßgebend von der Nachfragesituation geprägt wird.[4]

---

1) BReg IV/617, S. 31; Ausschußbericht S. 2o.
2) Einteilung nach Röper S. 23 (m.N.).
3) Martino MA 1964, 6, 8; Lutz MA 1962, 771, 772; Röper (Gutachten) S. 55; Wilhelm (II) S. 2/3.
4) Im einzelnen vgl. hierzu Wilhelm (II) S. 36 f., 4o; Schär S. 3o.

Schließlich kann auch aus der Übernahme gewisser Nebenleistungsverpflichtungen keine besondere Abhängigkeit der Einzelhändler hergeleitet werden, denn diese Leistungen werden durch eine angemessene Handelsspanne abgegolten und bedeuten keine Besonderheit der Preisbindung.

Die Selbständigkeit der Händler wird also durch die vertikale Preisbindung weder aufgehoben noch erheblich eingeschränkt.[1]

f) Führe wegen der attraktiven Gewinnspannen zu überhöhten Verkaufspreisen [2]

Diese Behauptung wird meist durch einen Vergleich mit der Betriebshandelsspanne und mit dem Hinweis auf starke Preiseinbrüche nach Aufhebung einzelner Preisbindungen begründet.[3]

Die "Betriebshandelsspanne" gibt den für alle Branchen errechneten Spannendurchschnitt an und umfaßt unterschiedslos alle Waren und Dienstleistungen der Händler.[4]
Es sind also auch die Handelsspannen aller preisgebundenen Markenwaren mitberücksichtigt.
Hier zeigt sich, daß völlig Unvergleichbares in Beziehung gesetzt wird.[5]

Vergleichbar sind nur gebundene und nichtgebundene Spannen von Waren der gleichen Art.
Bei einem Vergleich muß zudem berücksichtigt werden, daß die Höhe der Spanne regelmäßig von der abgenommenen Warenmenge abhängig ist[6] und das Entgelt für verschiedene Nebenleistungen, besondere Risiken und anderes enthalten

---

1) Meines Wissens hat bisher noch niemand die Meinung vertreten, der -prinzipiell preisgebundene- Sortimentsbuchhandel sei von den Verlegern <abhängig>.
2) BReg IV/617, S. 26, 32; BKartA TB 1960, S. 113/114 (B7).
3) Vgl. z.B. BKartA aaO, S. 114.
4) Wilhelm (II) S. 46.
5) Lutz MA 1962, 771; Wilhelm aaO.
6) Lutz aaO, S. 772.

kann.[1]

Die Festsetzung erfolgt durch den preisbindenden Unternehmer unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Nachfrageverhältnisse sowie der Spannenwünsche der größten Abnehmer.[2]

Überhöhte Wünsche der Händler wird der Hersteller schon aus eigenem Interesse nicht erfüllen, denn wegen des bestehenden Preiswettbewerbes auf der Herstellerebene verringert eine überhöhte Spanne häufig den Umsatz und damit den Herstellererlös.

Auch darf nicht vergessen werden, daß hohe Gewinne in einer Branche meist sehr schnell neue Unternehmer anziehen.[3],

Demnach erscheint es wahrscheinlich, daß die Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren in der Regel nicht überhöht festgesetzt werden.

Starke Preiseinbrüche bei der Aufhebung einzelner Preisbindungen sprechen nicht dagegen, da die sich bildenden Kampfpreise häufig keine echten Wettbewerbspreise sind. Nach einem gewissen Übergangsstadium werden die Verkaufspreise unrentabel gewordener Markenwaren entweder erheblich heraufgesetzt oder die Markenwaren werden durch markierte oder anonyme Waren mit auskömmlicher Handelsspanne ersetzt.[4]

---

1) Besondere Nebenleistungen (z.B. Kundendienst durch Fachpersonal), erhöhte Risiken (z.B. bei Einführung neuartiger Waren), Pionierleistungen, überhöhte Vertriebs- oder Lagerkosten u.ä. werden meist bei der Bemessung der Spannen berücksichtigt. Vgl. im einzelnen Röper S. 36, 37; (Gutachten) S. 33 ff.

2) Lutz MA 1962, 771,772.

3) Mellerowicz MA 1965, 11, 12; ähnlich Geisbüsch MA 1965, 490, 491. Mellerowicz bringt als Beispiele (S. 14):
   a) Chantré als erster deutscher Markenweinbrand unter 10,- DM,
   b) Jakobs Expresskaffee, eingeführt Sept. 58 auf gleichem Preisniveau wie Nescafé und Maxwell. Febr. 60 erhebliche Preisherabsetzung, der die anderen Marken mit Verzögerung folgten.

Die durchgeführten Untersuchungen über die Spannenhöhe haben ergeben, daß die Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren sich im Durchschnitt von den Spannen gleichartiger markenloser oder markierter Waren nur unwesentlich unterscheiden.[1)]
Keinesfalls kann davon gesprochen werden, daß die vertikale Preisbindung generell zu überhöhten Handelsspannen führe.[2)]

g) Schränke die Wahlmöglichkeiten des Kunden ein [3)]

Dem Verbraucher sei es beim Bestehen einer vertikalen Preisbindung nicht möglich, die Ware ohne Bezahlung der vom Hersteller vorgesehenen Nebenleistungen zu erwerben, auch wenn er diese gar nicht wünsche.

Diese Feststellung ist an sich richtig, doch es stellt sich die Frage, warum der Hersteller verpflichtet sein soll, dem Kunden in jedem Falle die Wahlmöglichkeit zu gewähren.
Bisher ist noch nie angezweifelt worden, daß jeder Händler frei entscheiden darf, ob er eine Ware mit oder ohne Gewährung von Handelsleistungen verkaufen will. Ebenso liegt es, wenn der Hersteller seine Waren durch Agenten verkauft, einen eigenen Vertriebsapparat unterhält oder die Waren den Einzelhändlern nur in Kommission gibt.

---

4) Dies zeigt die Entwicklung der Einzelhandelspreise in den Ländern, in denen die Preisbindung verboten worden ist (Beispiele: Frankreich, Dänemark, Norwegen; Schweden, Kanada). Nachweise bei: Markenverband MA 1962, 685, 687; Mellerowicz MA 1962, 39, 42/43; Röper S. 183; Rittershausen MA 1962, 273, 274; Sachod MA 1966, 441, 446; Lutz MA 1966, 427, 428.
Auch in derBundesrepublik ist diese Entwicklung regelmäßig eingetreten; vgl. hierzu z. B. Auer MA 1966,382, 383; Schriftltg MA 1966, 407,408; Suzanne MA 1966, 368 ff.; Markenverband MA 1966, 402 ff.

1) Mellerowicz (Handelsspanne) S. 152/153, 163, 232 ff.; Wilhelm (II) S. 47.
2) Röper S. 182; (Gutachten) S. 55 f.; Schär S. 41; ähnl. Holzheimer S. 164; Auer MA 1966, 382,383.
3) BReg IV/617, S. 32 unten.

Weiter ist die Einschränkung der Wahlmöglichkeit des Verbrauchers auch dann unerheblich, wenn die vertriebenen Markenwaren eines ständigen Kundendienstes bedürfen, der nur vom Fachhandel mit ausgebildeten Fachkräften ausgeführt werden kann.[1]
Hier zu verlangen, der Hersteller solle seine Ware auch ohne Kundendienst zur Verfügung stellen, ist für die Befriedigung des Konsumbedürfnisses uninteressant. Jedes technische Gerät, das nicht benutzt werden kann, weil niemand da ist, der es repariert, bedeutet volkswirtschaftlich gesehen eine Fehlinvestition.[2] Auch darf nicht vergessen werden, daß das Fehlen von geschultem Rat zu Gefahren für Leib und Leben des Benutzers führen kann.[3]
Daß dem Verbraucher nach dem Einkauf im Niedrigpreisgeschäft der Fachhandel die Reparaturen ausführt, ist zwar denkbar, aber es ist nicht erzwingbar. Aus diesem Grunde ist der aufgezeigte Weg volkswirtschaftlich ohne Bedeutung, da offen bleibt, ob im Einzelfall das Konsumbedürfnis befriedigt wird oder nicht.
Wenn demgegenüber der Kundendienst bei objektiver Betrachtung überflüssig ist, wird der Hersteller diese Handelsleistung regelmäßig nicht vorschreiben, jedenfalls wird aber das aufgeschlagene Entgelt nur geringfügig sein.
In dem Zwischenbereich, in dem die Nebenleistungen objektiv brauchbar, aber nicht unbedingt notwendig sind, ist die Ausschaltung der Wahlmöglichkeit des Kunden als freie unternehmerische Entscheidung anzuerkennen, da dem Verbraucher dadurch keine nennenswerten Nachteile entstehen.

---

1) So z.B. bei komplizierten Elektrogeräten, bei Kraftfahrzeugen jeder Art.
2) Schriftleitung MA 1964, 645, 651; Britische Handelskammer MA 1962, 629.
3) Darauf weist die Britische Handelskammer aaO mit Recht hin.

Die preisgebundenen Markenwaren bilden -wie bereits mehrfach betont- regelmäßig nur einen geringen Bruchteil des Sortiments und sind durch nicht preisgebundene, gleichartige Markenwaren, Handelsmarken oder anonyme Waren in ausreichendem Maße ersetzbar.[1]

h) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß ins Gewicht fallende Nachteile vertikaler Preisbindungen nicht festzustellen sind.

Die immer wieder angeführten "nachteiligen Auswirkungen" erweisen sich bei Nachprüfung als unbegründete Behauptungen.

Die gesetzliche Zulassung vertikaler Preisbindungen in § 16 GWB ist daher wirtschaftlich zumindest vertretbar.

3) Vorteile der vertikalen Preisbindung

Die Vorteile der vertikalen Preisbindung sollen ebenfalls nur kurz dargestellt werden.

a) Erhaltung des good will der Marke [2]

Markenwaren sind meist Artikel des Massenkonsums, die der Hersteller unter Einsatz erheblicher Mittel und Übernahme einer Gütegarantie auf den Markt bringt.
Durch Vorschreiben eines festen Endverkaufspreises soll verhindert werden, daß unbeständige Verkaufspreise beim Verbraucher die Vorstellung schwankender Qualität hervorrufen[3], wodurch der Wert der Marke herabgesetzt werden könnte.

---

1) Falls keine gleichartigen Waren zur entsprechenden Bedürfnisbefriedigung bei ähnlichen Preisen zur Verfügung stehen, fehlt es bereits am Preiswettbewerb, der für die Zulassung der Preisbindung in § 16 vorausgesetzt ist.
2) Allg. Meinung; BReg I/3462, S. 30; BKartA TB 1960, S.112.
3) Es ist anerkannt, daß Verbraucher leicht von unbeständigen Preisen auf schwankende Güte schließen (psychologische Verknüpfung); BReg aaO; KG WRP 1965, 324, 325. Lt. Meinungsumfragen sieht die Mehrzahl der Verbraucher

Daneben schließt der Festpreis aus, daß Einzelhändler den geschaffenen Werbewert der Marke durch Verwendung der Ware als Lockvogel[1] ausbeuten. Der Einsatz als Lockartikel mit auffallend niedrigem Preis führt oft zu Schäden des Herstellers, da die anderen Händler in den Lockpreis eintreten oder den betreffenden Artikel durch Waren mit auskömmlicher Spanne ersetzen werden. Die vorübergehende Umsatzbelebung kann daher den meist nachfolgenden Umsatzverlust nur unvollkommen ausgleichen.[2]
Damit trägt die vertikale Preisbindung zur Erhaltung des good will der Marke bei.

b) Stabilisierende Wirkung auf die Konjunktur [3]

Die Festpreise der Markenwaren bleiben längere Zeit konstant und werden oft in der Werbung besonders herausgestellt. Aus diesem Grunde sind sie den Verbrauchern bekannt und dienen als Orientierungsmaßstab für die Preiswürdigkeit gleichartiger markierter oder anonymer Waren.[4] Da die Endverkaufspreise kurzfristigen konjunkturellen Schwankungen nicht angepaßt werden, stellen sie gegenüber den Preisbewegungen der anderen Waren ruhende Pole dar und können dadurch unter Umständen zu einer geringfügigen Dämpfung der Konjunkturphasen führen.[5] Diese Erwägung läßt es gerechtfertigt erscheinen, der vertikalen Preisbindung eine gewisse stabilisierende Wirkung auf kleinere Konjunkturschwankungen zuzusprechen.

---

im Preis den Ausdruck für die Qualität (MA 1960,54 ff.; ähnl. Kruse MA 1959, 793,795 ff.; Mellerowicz MA 1964, 421, 425/426).

1) Lockvögel nennt man Waren, die der Händler in seinem Angebot bes. herausstellt, um Kunden anzulocken. Erstrebt wird der Absatz des Sortiments; der Verkauf des Lockvogels ist eine notwendige, aber ungewollte Begleiterscheinung, da der Händler auch bei großem Umsatz daran i.d.R. nicht verdienen kann. Als Lockvögel eignen sich bes. solche Waren, deren Preisgünstigkeit den Verbrauchern sofort auffällt. Vgl. im einzelnen Martino MA 1965, 285, 286 ff.; Messing MA 1963, 253, 254.
2) Vgl. auch oben S. 29 am Ende m.N. in Anm. 4.
3) Wilhelm (I) S. 51 ff.;Lutz MA 1964,567,568; Schenk MA 1966, 791, 800; a.A. BKartA TB 1960, S. 115 (B 11).
4) BKartA TB 1960, S.112 (A 1);Wilhelm (II) S. 8 ff.
5) Vgl. im einzelnen Wilhelm (I) S. 51-54

c) Belebung der Wettbewerbssituation

Durch die vertikale Preisbindung wird auf der Handelsstufe der sonst mögliche Preiswettbewerb für die betreffende Markenware ausgeschaltet.[1]
An seine Stelle tritt verstärkter Nebenleistungswettbewerb, der im Einzelhandel als das entscheidende Wettbewerbsmittel anzusehen ist.[2]

Die Preisbindung verschärft den bestehenden Wettbewerb, da durch die Festpreise bei den Markenwaren die Preisschwankungen bei gleichartigen markierten oder anonymen Waren deutlicher hervortreten.

Neben diesen Auswirkungen auf der Handelsstufe kommt es durch die vertikale Preisbindung zu einer Verschärfung des Preiswettbewerbes auf der Herstellerstufe, da für alle Konkurrenten die Preisänderungen sofort in vollem Umfang sichtbar werden und regelmäßig für das ganze Bundesgebiet gelten.[3]

Insgesamt kann von einer Belebung der Wettbewerbssituation gesprochen werden.

d) Gewährleistung der Versorgung

Im Einzelhandel tätigen die Klein- und Mittelbetriebe über die Hälfte der Einzelhandelsumsätze.[4]
Durch die Gewährleistung fester Handelsspannen dient die vertikale Preisbindung in gewissem Umfang der Existenzsicherung des mittelständischen Handels[5] und damit der

---

1) Über die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Einzelhandel vgl. oben S. 25 f.
2) Röper (Gutachten) S. 49 ff.; Lutz MA 1962, 771,773.
3) Ähnl. Mellerowicz MA 1965, 11,12;Giefers S. 109; Holzheimer S. 164.
4) Röper (Gutachten) S. 52/53.
5) Wilhelm (I) S. 27, 50; (II) S. 18; Martino MA 1964, 6, 7; Markenverband MA 1966, 527, 532; Schär S. 31 m. N. in Anm. 147, 149; Holzheimer S. 164 m.N.

Erhaltung eines breiten Vertriebsnetzes, das zur Erreichung des optimalen Absatzes[1] und der ausreichenden Versorgung der Verbraucher notwendig ist.[2]

Bei technischen Gebrauchsgütern ist eine ausreichende Versorgung nur dann gewährleistet, wenn der Kunde zusätzlich die Möglichkeit hat, sich fachkundig beraten zu lassen und für den Kundendienst geschulte Fachkräfte zur Verfügung stehen.
Durch Einkalkulieren einer bestimmten Spanne für Dienstleistungen durch Fachpersonal dient die vertikale Preisbindung derErhaltung eines Netzes von Fachgeschäften.[3]

Die vertikale Preisbindung gewährleistet damit in gewissem Umfang die Versorgung der Verbraucher.

e) Erleichterung der Vorausplanung [4]

Die vertikale Preisbindung ermöglicht die langfristige Absatzplanung und schafft dadurch günstige Voraussetzungen für die Massenproduktion.
Nur wenn der Hersteller die Endverkaufspreise selbst bestimmen kann, kann er verhindern, daß seine Kalkulation durchkreuzt wird.[5]
Bei festen Endverbraucherpreisen kann der Hersteller durch hohe Distributionsdichte einen gleichmäßigen Massenabsatz anstreben, der langfristige Investitionen und volle Ausnutzung der Kapazitäten ermöglicht.[6]
Die vertikale Preisbindung erleichtert ebenfalls die Vorausplanung der Händler.

---

1) Die weite Absatzstreuung ist besonders wichtig bei allen Gegenständen des täglichen Bedarfs (Überallerhältlichkeit). Außerdem dient sie der Erleichterung von Impulskäufen (Röper Gutachten S.57). Auch wirkt die Preisstabilität absatzfördernd (Röper S. 153, 187 f.).
2) Wilhelm (II) S. 9,65; Röper S. 183/184; (Gutachten) S. 49 f.; Kosiek S. 31 m.N.
3) Schriftltg MA 1964, 645,650f.; Röper S.185.
4) Vgl. z. B. Schenk MA 1966, 791, 800.
5) Röper (Gutachten) S. 35 f.
6) Vgl. im einzelnen Wilhelm (II) S. 12 ff., 65/66.

Der stetige Absatz von eingeführten Markenwaren gewährleistet dem Händler einen bestimmten Verdienst und erleichtert dadurch in gewissem Umfang Kalkulation, Lagerhaltung und Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen.[1]

f) Rationalisierung des Einkaufs

Das Einzelhandelsangebot besteht heute aus einer ungeheuren Fülle von qualitativ unterschiedlichen Einzelartikeln, die um die Gunst des Kunden werben. Diesem Angebot steht der einzelne Verbraucher meist hilflos gegenüber, da es ihm an der notwendigen Marktkenntnis fehlt und seine Zeit für die täglichen Einkäufe nur gering ist.[2] Erschwert wird die Wahl noch dadurch, daß heute die Mehrzahl der Verbraucher vor allem nach qualitativ guten und nicht so sehr nach besonders billigen Waren Ausschau halten.[3] Durch die gebundenen Preise für Markenwaren wird der Markt übersichtlicher.[4] Der Kunde kann sich leichter über die Preiswürdigkeit der Ware orientieren und zum gleichen Preis an jedem Ort und zu jeder Zeit schnell und sicher einkaufen, ohne erst die billigste Bezugsquelle erkunden zu müssen.[5] Außerdem wird durch die preisgebundenen Markenwaren die ständige Wiederholung der Nutzenabwägung von Qualität und Preis überflüssig.[6] Die vertikale Preisbindung dient also der Rationalisierung des Einkaufs.

---

1) Wilhelm (I) S. 21 ff.; (II) S. 15, 17.
2) Wilhelm (I) S. 13; (II) S. 8/9.
3) Vgl. die Nachweise über Meinungsumfragen bei Röper S. 44; Wilhelm (I) S. 14; Kruse MA 1959, 793, 795; 798 ff.; Mellerowicz MA 1964, 421, 426/428.
4) Wilhelm (I) S. 15; (II) S. 10; Schnepf MA 1966, 30, 31; Schenk MA 1966, 791, 799.
5) Röper S. 183 f.
6) Schenk MA 1966, 791, 802; im einzelnen zur Nutzenmaximierung der Verbraucher bei preisgebundenen Markenartikeln, vgl. Wilhelm (I) S. 33 ff., besonders 40/41.

g) Sozialer Schutz für die Verbraucher

Der festgesetzte Endverbraucherpreis schützt die Kunden vor Übervorteilung, da willkürliche Preisdifferenzierungen zwischen Lauf- und Stammkundschaft, klugen und törichten oder unerfahrenen Kunden unmöglich sind.[1] Sie ermöglicht den Berufstätigen schnelle und sichere Einkäufe, ohne daß aus der fehlenden Marktkenntnis Nachteile entstehen können.[2] Sie verhindert die Ausbeutung lokaler Monopolstellungen[3] und die Ausnutzung vorübergehender Warenverknappungen infolge begrenzter politischer und wirtschaftlicher Krisen.[4]
Wegen dieser Sicherungsfunktionen kann von einem sozialen Schutz für die Verbraucher gesprochen werden.

h) Zwischenergebnis: Im Zusammenspiel mit der im übrigen weitgehend freien Preisbildung der Händler ergeben sich aus der Bindung einiger Endverbraucherpreise von Markenwaren wirtschaftliche und soziale Vorteile.

4) Interessenabwägung

Vor der abschließenden Beurteilung sollen die an der vertikalen Preisbindung beteiligten Interessen von Hersteller, Händler, Verbraucher und Allgemeinheit kurz zusammengestellt werden.

a) Interessen der Hersteller[5]

Der Hersteller von Markenwaren, die im Preiswettbewerb mit gleichartigen Artikeln anderer Hersteller stehen, kann sich frei entscheiden, ob er die Verkaufspreise bindet oder nicht. Da die Einführung und Überwachung einer

1) Röper S. 185
2) Mellerowicz MA 1964, 421, 426/428.
3) Röper S. 184; Kosiek S. 31 m.N.
4) Schriftltg. MA 1964, 645, 650.
5) Vgl. auch Müller 1964, S. 24-27.

Preisbindung teuer und kompliziert ist, wird er es nur tun, wenn der zu erwartende Nutzen mindestens die mit der Besonderheit dieses Absatzsystems verbundenen zusätzlichen Einführungs- und Kontrollkosten deckt.
Die vertikale Preisbindung ermöglicht einen gleichmäßigen, optimalen Absatz, da durch das Verbot der Preisschleuderei den Einzelhändlern eine sichere Verdienstspanne garantiert wird, so daß sie am dauernden, hohen Umsatz der Markenware interessiert sind.[1]
Der stetige Absatz erleichtert langfristige Planungen und gewährleistet die volle Ausnutzung der Fabrikationsanlagen.[2]
Die Preisbindung vermindert damit die Risiken der modernen Massenproduktion und ermöglicht durch langfristige Investitionen die Rationalisierung sowie Automatisierung von Produktion und Vertrieb.[3]
An der Bindung der Endverbraucherpreise ist der Hersteller auch deshalb interessiert, weil in den Augen der meisten Verbraucher der Festpreis ein Anzeichen für die Qualitätskonstanz ist. Die Preisbindung dient damit dem Schutz des good will der Marke und bedeutet durch die Werbekraft fester Preise eine Verkaufsunterstützung.

Es erscheint auch marktwirtschaftlich angemessen, daß der Hersteller, der das volle Investitions-, Produktions- und das überwiegende Absatzrisiko trägt, alle ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen zur Erzielung eines optimalen Absatzes vornehmen darf.[4]

Die Möglichkeit der vertikalen Preisbindung liegt demnach im Interesse der Hersteller von Markenwaren.[5]

---

1) Kosiek S. 21 m.N. in Anm. 51.
2) Schär S. 22, 25; Kosiek S. 25 m.N. in Anm. 52.
3) Ähnl. Kosiek S. 25; Schär S. 22.
4) Vgl. dazu im einzelnen Bundesverband der Deutschen Industrie MA 1962, 116, 12o; Zentralverband des Deutschen Handwerks MA 1962, 159, 161 f.
5) Das wird bestätigt durch die Stellungnahmen des Bundesverbandes der Dt. Industrie aaO, S. 118 ff. und des Dt. Industrie- und Handelstages MA 1962, 168 ff.

b) Interessen der Händler [1]

Die vertikale Preisbindung trägt durch Gewährleistung sicherer Gewinnspannen und Ausschaltung von Preisschleuderei zur Erhaltung des selbständigen mittelständischen Einzel- und Fachhandels bei.
Durch die Stetigkeit der Konsumtion von eingeführten Markenwaren wird die Lagerhaltung verbessert, der Verkaufsvorgang beschleunigt sowie Rationalisierung und Modernisierung des Geschäftsbetriebes und auch des Handelssystems nicht behindert.
Die Selbständigkeit des Handels wird nicht eingeschränkt, da kein Händler auf einen bestimmten Markenartikel beschränkt ist, der Anteil der preisgebundenen Markenwaren am Einzelhandelsumsatz durchschnittlich nur 10-15 o/o beträgt und der Einzelhandel mit der Masse seines Sortiments lediglich Nebenleistungswettbewerb betreibt.

Zu untersuchen bliebe, ob das Interesse einiger Händler an der Freigabe der preisgebundenen Markenwaren gerechtfertigt erscheint.
Die Aufhebung der Preisbindung wird erstrebt, um die den Verbrauchern gut bekannten Markenartikel als "Lockvögel" einzusetzen. Da der Konsument die Festpreise der anerkannten Markenwaren regelmäßig kennt, sind diese Waren hervorragend dazu geeignet, an ihren Preisen Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts und damit Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments zu demonstrieren.[2] Zum Ausgleich werden dann Artikel , bei denen der Verbraucher Preisvergleiche nur schlecht anstellen kann, erheblich im Preise heraufgesetzt.[3]

---

1) Vgl. auch Müller S. 27-29.
2) Suzanne MA 1966, 368; Geisbüsch MA 1965, 490,492; ähnl. Martino MA 1965, 285, 286 ff. ; Schriftltg MA 1964,645, 648.
3) Vgl. Beispielsfall bei Messing MA 1963, 253 f. sowie Geisbüsch aaO; Suzanne aaO; Lutz MA 1964, 567 f.; Sachod MA 1966, 441, 446.

Durch dieses Vorgehen beutet der Händler die Verkehrsgeltung der Marke zum eigenen Vorteil aus, wertet die Ware in der Vorstellung der Verbraucher ab und zwingt die die Klein- und Mittelbetriebe entweder mit Verlust zu kalkulieren oder die Markenware aus dem Sortiment herauszunehmen und durch andere Waren zu ersetzen.[1]

Hierdurch treten für den Hersteller, die Mehrheit der Händler und die Masse der Verbraucher Nachteile ein.[2]

Es besteht kein Anlaß, dem Händler dieses Vorgehen zu gestatten, da der prozentuale Anteil der preisgebundenen Markenwaren am Einzelhandelsumsatz relativ gering ist.

Die vertikale Preisbindung liegt also im wohlverstandenen Interesse der Händler.[3]

c) Interesse der Verbraucher

Die Bindung der Verkaufspreise von Markenwaren fördert die Marktransparenz, erleichtert die Einkäufe und schränkt die Möglichkeit der Übervorteilung unwissender oder eiliger Kunden sowie die Ausnutzung örtlicher Monopolstellungen oder vorübergehender Warenverknappungen ein.

Preisüberhöhungen oder Aufdrängung überflüssigen Kundendienstes sind Ausnahmeerscheinungen, die durch Wahl eines preiswürdigeren, gleichartigen Markenartikels oder gleichwertiger, anonymer Waren ausgeschaltet werden können.

Die vertikale Preisbindung liegt also auch im Interesse der Verbraucher.[4]

---

1) Messing MA 1963, 253, 254; Schriftltg MA 1964, 645, 648; Sachod MA 1966, 441, 446; Suzanne MA 1966,368.
2) Vgl. im einzelnen Suzanne aaO, S. 368 ff.; Röper (Gutachten) S. 51 ff.; Wilhelm (II) S. 19 f.; Markenverband MA 1966, 4o2 ff.; 527, 528 f.; Sachod aaO.
3) Dies wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Handelsverbände und Einzelhändler. Für die Handelsverbände vgl. MA 196o, 545-554; 1962, 128-171; für die verschiedenen Handelszweige siehe MA 196o, 523 f.; 823 f.; 1962, 775; 783; 991 ff.; 1963, 659; 1o79 f.; 1965, 531; 616.
4) Dies wird durch viele Meinungsumfragen bestätigt. Regelmäßig haben sich mindestens 60 o/o der befragten Verbraucher für die vertikale Preisbindung ausgespro-

5) Ergebnis

Der vertikalen Preisbindung können nachteilige Auswirkungen nur in geringem Umfange nachgesagt werden.

Auch darf nicht vergessen werden, daß die weit überwiegende Mehrzahl der Preisbindungen auf dem Markt reibungslos funktionieren.[1]

Die vereinzelten Mißstände dürfen nicht überbewertet werden. Auftretende Störungen werden meist durch den Markt selbst beseitigt; zu Eingriffen des Bundeskartellamtes nach § 17 GWB ist es nur relativ selten gekommen.[2]

Da die Preisbindung für Hersteller, Handel und Verbraucher Vorteile mitsichbringt, liegt sie im Interesse aller Marktbeteiligten und ist daher zu bejahen.[3]

---

chen. Vgl. die Nachweise bei Schreiber MA 1963, 23 ff.; Mellerowicz MA 1964, 421 ff. (Gesamtergebnis S. 428ff.) Wilhelm (I) S. 14 f.; Kruse MA 1959, 793, 798, 800; sowie in MA 1960, 419; 1962, 212.

1) Darauf weisen die Handelsverbände m. R. hin; vgl. MA 1962,128; 132; 143 f.; 159, 161; 168 f.
2) BKartA TB 1965, S.17o: Bis zum 31. 12. 1965 wurden 927 Mißbrauchsverfahren eingeleitet, davon sind bisher nur 23 durch unanfechtbar gewordene Verfügungen des BKartA beendet worden, 671 Verfahren wurden eingestellt. S. 131: Insgesamt haben 114o Unternehmen Preisbindungen angemeldet und zwar für 172.911 Verkaufseinheiten (davon 59.391 für Kfz-Ersatzteile sowie Kfz-Zubehör).
3) Ebenso die überwiegende Mehrheit der Marktbeteiligten (vgl. die N. oben S.38 Anm. 5; S. 4o Anm. 3,4) sowie die überwiegende Meinung. Im allg. geht die Rspr stillschweigend von der Wirksamkeit der Preisbindung nach § 16 GWB aus und erörtert deshalb die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile nicht. Anklänge in BGH WUW/E BGH 472 ff., bes. 475 (Agfa-Filme); KG WUW/E OLG 436,437 (Tobler); OLG Koblenz WUW/E OLG 653, 658 f. Auch im Schrifttum überwiegen die positiven Stellungnahmen; Wilhelm (II) S. 62 ff,67; Röper S. 186, 188; (Gutachter) S. 63; Völp S. 58; Mellerowicz MA 1962, 39, 44; Lutz MA 1964, 567,568; Messing MA 1963,253, 255.

C. RECHTLICHE AUSWIRKUNGEN DER VERTIKALEN PREISBINDUNG

Die rechtlichen Auswirkungen der vertikalen Preisbindung sind für die vertraglich gebundenen und die nicht gebundenen Händler unterschiedlich.

I. BEDEUTUNG FÜR DIE VERTRAGLICH GEBUNDENEN HÄNDLER

1) Rechtsgeschäftliche Verpflichtung

Im Rahmen der rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem preisbindenden Hersteller der Ware und den weiterveräußernden Abnehmern steht der Kaufvertrag im Vordergrund. Neben diesen tritt als besondere zusätzliche Vereinbarung der Preisbindungsvertrag.[1] Beide Verträge stehen in innerem Zusammenhang und bilden nach dem Parteiwillen ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S. des § 139 BGB.[2] Die Preisbindungsabsprache begründet einen selbständigen Anspruch auf Unterlassen von Preisunterbietungen (§ 241 S. 2 BGB), der im Klagewege durchgesetzt und nach § 890 ZPO durch Vollstreckung erzwungen werden kann.[3]
Solange der Händler zum vorgeschriebenen Preis verkauft und Weiterveräußerer an den für deren Absatzstufe geltenden Preis bindet, erfüllt er seine vertraglichen Verpflichtungen. Er macht sich die Erfüllung zeitweilig unmöglich, wenn er den festgesetzten Preis über- oder unterschreitet oder an Wiederverkäufer ohne Weitergabe der Preisbindung liefert.
Bei schuldhaftem Preisbindungsverstoß muß der Händler den dadurch entstandenen Schaden nach § 280 BGB ersetzen.

---

1) Der Preisbindungsvertrag wird regelmäßig durch einen besonderen Verpflichtungsschein (Revers), selten durch eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (beachte hier § 34 GWB) begründet; Völp S. 67; Röper S. 83 ; Schwartz (GK) § 16, 84.
2) Schütte S. 107.
3) RGZ 133/51, 62; Baumbach-Hefermehl § 1, 394; Schütte aaO.

Wenn man in der Preisbindungsabsprache einen gegenseitigen Vertrag sieht,[1] so ist eine Hauptpflicht verletzt, die den Hersteller zur Geltendmachung der Rechte aus §§325,326 BGB berechtigt. Der preisbindende Hersteller könnte also entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Kaufvertrag zurücktreten und die noch in der Hand des Unterbieters befindliche Ware nach §§ 327,346 BGB herausverlangen, um künftige Schleuderverkäufe des als unzuverlässig erkannten Abnehmers auszuschließen.
Für schuldhafte Preisverstöße seiner Angestellten hat der Händler nach § 278 BGB einzustehen.[2]

Um die Fortdauer der Haftung auch bei Geschäftsveräußerung zu gewährleisten, muß der Preisbindungsrevers eine entsprechende Klausel enthalten.[3]
Bei durchlaufender Bindung stehen dem Hersteller als Drittberechtigten i.S. von § 328 BGB eigene Vertragsansprüche auch gegen die weiteren Abnehmer zu.[4] Um Schwierigkeiten von vornherein auszuschließen, läßt sich der Preisbinder meist im Preisbindungsrevers zur Geltendmachung der Ansprüche seiner Zwischenhändler aus Drittschadensliquidation im eigenen Namen ermächtigen.[5]

---

1) So Baumbach-Hefermehl § 1, 394, 400; Zwehl BB 1966, 186, 187; Schütte S. 111/112 m.N.
Der Leistung des Herstellers(lückenlose und gleichmäßige Einführung und Durchsetzung) stehe als Gegenleistung des Händlers die Einhaltung des Festpreises gegenüber. Wenn der Hersteller die Preisbindung aufhebt oder nicht gleichmäßig einführt, bzw. durchsetzt wird der Händler automatisch von seiner Verpflichtung frei. Insoweit besteht keine echte gegenseitige Bindung.
2) RGZ 63/116,118; Baumbach-Hefermehl § 1,394; Müller S.241.
3) Bei Firmenfortführung haftet derNachfolger nach § 25 Abs. 1,3 HGB, kann aber seine Haftung gemäß § 25 Abs.2 ausschließen. Ohne Firmenfortführung tritt eine Verpflichtung zur Einhaltung der Preisbindung nur durch besondere vertragliche Klausel im Preisbindungsrevers ein. Vgl. im einzelnen Schütte S. 108; Baumbach-Hefermehl § 1, 407.
4) Anerkannt; Baumbach-Hefermehl § 1, 394; Schwartz (GK) § 16, 85; Frankfurter Kommentar Anh. 1 zu § 16, 14.
5) Dies ist wegen seines rechtlichen Interesses an der gerichtlichen Geltendmachung zulässig; N. in Anm. 4.

2) Bindung der Händler nach dem Wettbewerbsrecht

Neben der rechtsgeschäftlichen Bindung besteht auch eine wettbewerbsrechtliche.
Unterbietet ein gebundener Händler den Festpreis, so handelt er nicht nur vertragswidrig, sondern auch wettbewerbswidrig i. S. von § 1 UWG. Der Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb liegt darin, daß der Händler unter Mißachtung der eigenen Vertragspflichten mit der Vertragstreue seiner Mitbewerber rechnet, um sich durch die bestehende Kontrastwirkung zu dem gebundenen Preis einen wettbewerbsfremden Vorsprung und unberechtigten Gewinn zu verschaffen.[1)]
Die Ansprüche aus § 1 UWG stehen dem Hersteller nach § 13 Abs. 1 UWG zu[2)]; der Unterlassungsanspruch besteht gemäß § 13 Abs. 3 UWG auch für Preisunterbietungen durch Angestellte oder Beauftragte.
Die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche können unabhängig von den vertraglichen geltend gemacht werden; ihre praktische Bedeutung ist jedoch wesentlich geringer.[3)]

3) Mögliche Maßnahmen zur Sicherung der Preisbindung

Der preisbindende Hersteller kann gegen die vertragsbrüchigen Händler gerichtlich oder außergerichtlich vorgehen.

a) Außergerichtliche Sanktionen

Die außergerichtlichen Sanktionen zur Sicherung der Preisbindung wirken sich schnell aus und genügen regelmäßig zur Wiederherstellung der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems.[4)]

---

1) Allgemeine Meinung; BGH WUW/E BGH 218, 220; BKartA WUW/E BKartA 609, 613; Schwartz (GK) § 16, 84.
2) Schwartz (GK) § 16, 85; Frankfurter Komm. Anh. 1 zu § 16, 15.
3) Baumbach-Hefermehl § 1, 409.
4) Vgl. im einzelnen Lehmpfuhl MA 1960, 683, 685.

Die Einleitung gerichtlicher Maßnahmen ist gegenüber vertraglich gebundenen Händlern gewöhnlich das letzte Mittel, das der Hersteller erst dann ergreift, wenn außergerichtliche Maßnahmen nicht mehr angemessen erscheinen und weitere Verletzungshandlungen drohen.

Die schwächste Maßnahme ist die Verwarnung mit der Aufforderung zur Abgabe einer unbedingten Unterlassungserklärung. Meist wird sie mit einem Vertragsstrafeversprechen gekoppelt. Die Verwarnung ist nur bei erstmaligen und nicht allzu schwerwiegenden Verstößen angebracht, da andernfalls die Lückenlosigkeit des Systems gefährdet wird.[1]

Als schärfere Maßnahme kommt die Vertragsstrafe in Betracht. Sie dient als Sühne der Vertragsverletzung bei Fortsetzung der Belieferung des Händlers. Die Geltendmachung einer Vertragsstrafe setzt v o r h e r i g e Vereinbarung voraus.[2] Die Vertragsstrafe erleichtert den schwierigen Schadensnachweis und schreckt erfahrungsgemäß den Händler von Preisschleudereien stärker ab, als dies durch Androhung etwaiger Schadensersatzansprüche möglich wäre.[3]

Da die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, wird die Konventionalstrafe gemäß § 339 S. 2 BGB allein durch die Zuwiderhandlung verwirkt, auf ein Verschulden des Verpflichteten kommt es nicht an.[4]

Den Nachweis für die Unterbietung des Festpreises muß nach § 345 BGB der Hersteller führen.[5]

---

1) Ähnlich Lehmpfuhl MA 1960, 683, 685.
2) In den Preisbindungsreversen sind regelmäßig Vertragsstrafeklauseln enthalten; vgl. Baumbach-Hefermehl § 1, 395; Röper S. 84.
3) Ähnlich Schütte S. 109.
4) BGH WUW/E BGH 205, 216 (Waldbaur); Baumbach-Hefermehl aaO; Frankfurter Kommentar Anh. 1 zu § 16, 14; Schütte aaO.
5) Dies geschieht regelmäßig durch die Aussage des betreffenden Testkäufers.

Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe kann das Gericht wegen § 348 HGB grundsätzlich nicht aussprechen, es sei denn, daß es sich bei dem vertragsbrüchigen Händler um einen Minderkaufmann handelt (§ 351 HGB).

Das wirksamste Druckmittel zur Durchsetzung der Preisvorschriften ist bei einer gut verkäuflichen Ware die befristete oder -in schweren Fällen- unbefristete Liefersperre. Der Verlust eines wichtigen Umsatzträgers trifft zumindest den kleinen Händler, meist aber auch den großen stärker und nachhaltiger als sonstige vertrags- und wettbewerbsrechtliche Konsequenzen.[1] Die Befugnis zur Liefersperre besteht auch ohne besondere Vereinbarung.[2] Doch empfiehlt sich aus Gründen der Vorbeugung, den Abbruch der Geschäftsbeziehungen schon im Preisschutzvertrag ausdrücklich anzudrohen.[3]

Die Liefersperre verstößt bei Verletzung wirksam begründeter Vertragspflichten nicht gegen § 26 Abs. 2 GWB, da die Behinderung nicht unbillig ist.[4] Die Sperre dient vielmehr der Wiederherstellung der Lückenlosigkeit und damit dem Fortbestand des Rechtsschutzes für das Preisbindungssystem.[5]

---

1) Schütte S. 1o9.
2) Allgemein anerkannt; Baumbach-Hefermehl § 1, 395; Röper S. 84; Schütte aaO .
3) Baumbach-Hefermehl aaO; Schütte aaO.
4) H.M.; BGH WUW/E BGH 331, 333; Frankfurter Kommentar Anh. 1 zu § 16, 16; Benisch (GK) § 26, 52 (S. 779 ff. m.N.).
5) Vgl. im einzelnen Schütte S. 1o9/11o.

b) Gerichtliche Sanktionen

Unter den gerichtlichen Möglichkeiten des Herstellers steht der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Vordergrund.[1)]
Auf diesem Wege erlangt der Hersteller in kürzester Zeit einen Vollstreckungstitel, mit dem er die Preisunterbietungen unterbinden kann. Dies ist für die Aufrechterhaltung der Lückenlosigkeit von entscheidender Bedeutung.

Rechtsgrundlage für den Erlaß einstweiliger Verfügungen ist bei wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen auf Unterlassen § 25 UWG; in allen anderen Fällen verbleibt es bei den allgemeinen Vorschriften in §§ 935, 940 ZPO.

In der Regel genügt bei Preisunterbietungen der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, um den gebundenen Händler mit Erfolg an seine Vertragspflichten zu erinnern.
Zu einem Hauptprozeß auf Unterlassung oder Schadensersatz oder zu einem Rechtsmittelverfahren kommt es nur selten.[2)]

Das einstweilige Verfügungsverfahren hat noch die weiteren Vorteile, daß es mit geringen Kosten verbunden ist, und der Beweis vereinfacht ist.
Es genügt die Vorlage der schriftlichen Bestätigung der Preisbindung durch das Bundeskartellamt, des unterschriebenen Preisbindungsreverses, der Rechnungsunterlagen etc sowie die eidesstattliche Versicherung des Herstellers über die Lückenlosigkeit des Systems[3)] und die Preisunterbietung zur Glaubhaftmachung des Anspruches auf Unterlassung.[4)]

---

1) Lehmpfuhl aaO, S. 685; Völp WUW 1959, 397, 406.
2) Völp aaO; ähnlich Lehmpfuhl aaO, S. 688.
3) Gedankliche Lückenlosigkeit: Nur solche Händler werden beliefert, die den Preisbindungsrevers unterschreiben. Tatsächliche Lückenlosigkeit: Die Händler werden laufend auf Einhaltung ihrer Verpflichtungen kontrolliert (durch Testkäufer etc). Jeder bekannt werdende Verstoß löst sofortige Liefersperre und gegebenenfalls ein gerichtliches Verfahren aus.
4) Ähnl. OLG Celle WRP 1965, 186f.; Lehmpfuhl aaO, S.685.

Den Vorteilen des Eilverfahrens steht die verfahrensrechtliche Vorschrift gegenüber, daß das Oberlandesgericht in diesen Sachen als letzte Instanz entscheidet (§ 545 Abs. 2 ZPO). Welche Nachteile damit verbunden sein können, hat besonders die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Preisbindung während der Geltung der Dekartellierungsgesetze deutlich gezeigt.[1] Die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 1o. Dezember 1957 [2] erging erst ganz am Ende dieser Epoche. Sie konnte nichts mehr daran ändern, daß in Bezirken, in denen preisbindungsfeindliche Entscheidungen ergangen waren, ein wirksamer Schutz der Preisbindung praktisch unmöglich gemacht worden war.
Nach Inkrafttreten des GWB besteht die Gefahr einer unterschiedlichen Rechtspraxis hauptsächlich bei den Anforderungen der Gerichte an die Lückenlosigkeit, bei der Beweislastverteilung sowie bei der Anwendung von § 96 Abs.2 GWB.[3]
Für das einstweilige Verfügungsverfahren besteht heute allerdings Übereinstimmung, daß eine Aussetzung nach § 96 Abs. 2 nicht in Frage kommt.[4] Die Begründungen sind jedoch sehr unterschiedlich.[5] Der Zwang zur Aussetzung widerspricht dem Wesen und der Zweckbestimmung des Eilverfahrens.[6]

---

1) Darauf weist Lehmpfuhl aaO, S. 688 m.R. hin.
2) WUW/E BGH 2o5 (Waldbaur).
3) Vgl. z.B. OLG Frankfurt NJW 1963, 114; OLG Hamm NJW 1963, 15o5; WUW/E OLG 295; LG Bochum WUW/E LG/AG 135.
Bei dem Vorgehen gegen nicht vertraglich gebundene Händler (Außenseiter) kommt hinzu die Auslegung des Begriffes der guten Sitten in § 1 UWG.
Vgl. hierzu OLG Frankfurt NJW 1963, 1622; LG Osnabrück BB 1962, 1o58 (aufgehoben durch OLG Oldenburg WUW/E OLG 528).
4) Allgemeine Meinung; OLG Frankfurt WUW/E OLG 265, 269 f; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 3o3, 3o6; OLG Hamm WUW/E OLG 295 f.; Baumbach-Hefermehl § 1, 434; Tiffert (GK) § 96, 9; v. Gamm NJW 1959, 964, 965, 966; Völp WUW 1959, 397, 4o6 ff.; Wildanger WUW 196o, 685, 686 ff.

Dies gilt in besonderem Maße bei Preisbindungssachen, wo durch eine Aussetzung weitere Preisunterbietungen ermöglicht würden, die zur Unwirksamkeit der Preisbindung führen können.[1)]
Im Eilverfahren besteht auch nicht die Gefahr einer Umgehung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte, da es sich um eine vorläufige Regelung handelt und die Nicht-Kartellgerichte sich an der Rechtsprechung der Kartellspruchkörper ausrichten werden.[2)]

Folgt man dieser Auffassung nicht, so bleibt für den preisbindenden Hersteller zur Verhinderung einer Aussetzung des Verfahrens nur die Möglichkeit, beim zuständigen Kartellgericht eine Klage auf Feststellung der kartellrechtlichen Voraussetzungen der Preisbindung und die Hauptklage aus Vertrag oder § 1 UWG -mit dem Antrag auf Verbindung nach § 88 GWB- zu erheben sowie den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beantragen.[3)]
Diese Koppelung ist umständlich und mit erheblichen Kostenrisiken verbunden, da hierbei der Wert der gesamten Preisbindung den Streitgegenstand bildet.[4)]

An Stelle des Eilverfahrens oder auch zusätzlich kann der preisbindende Hersteller eine Unterlassungs- oder Schadensersatzklage erheben[5)]*, um dem Preisbindungsverstoß zu begegnen.*

---

5) Vgl. die Zusammenstellung bei Tiffert (GK) §96,9; Wildanger aaO; Müller S. 267 ff. sowie 263 ff.
6) Wildanger aaO;S. 686 m. N. in Anm. 3; v. Gamm aaO, S. 965 m.N.; Baumbach-Hefermehl § 1, 434; Müller S.27o.

1) Darauf weist m. R. Wildanger aaO hin; ähnl. Völp S.144; Müller aaO m.N.
2) Vgl. Tiffert aaO; Bock LM § 96 GWB zu Nr.4 unter Ziff. VII (Bl. 523R).
3) Im einzelnen dazu Wildanger aaO, S. 689 f.; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 5o7,5o8; ähnl. BGH WUW/E BGH 244,249.
4) Völp aaO, S. 4o4 weist m. R. darauf hin, daß die kostenrechtlichen Konsequenzen enorm sind. Z. B. wenn der Händler den Feststellungsanspruch sofort anerkennt, trägt nach § 93 ZPO der Hersteller u.U. alle Kosten.
5) Rechtsgrundlage dafür ist der Preisbindungsvertrag (bei Schadensersatz i. V.m. §§28o,325BGB) sowie §1UWG.

Dieser Weg ist zeitraubend und bringt unter Umständen erst nach Jahren Klarheit über einen Sachverhalt, der dann schon längst der Vergangenheit angehört.[1)]
Eine zusätzliche Verzögerung wird sich meist noch daraus ergeben, daß die Nicht-Kartellgerichte gemäß § 96 Abs.2 den Rechtsstreit aussetzen müssen, wenn eine kartellrechtliche Vorfrage für die Entscheidung des Hauptprozesses präjudiziell ist.[2)]
Entscheidungserheblich sind alle in §§ 16, 34 GWB aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Preisbindung, da ihr Nichtvorliegen zur Nichtigkeit der Preisbindung führt.
Entscheidungen, die die Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 17 trifft, wirken stets nur für die Zukunft[3)], beeinflussen also -solange sie nicht ergangen sind- die Entscheidung des Rechtsstreites nicht, eine Aussetzung kommt daher nicht in Betracht.[4)]
Um eine Aussetzung von vornherein auszuschließen, kann der preisbindende Hersteller sofort beim zuständigen Kartellgericht auf Feststellung klagen und hiermit die Klage wegen Verletzung der Preisbindung nach § 88 GWB verbinden.[5)]

c) Ergebnis

Die Sicherung der Preisbindung ist regelmäßig durch außergerichtliche Maßnahmen möglich und sinnvoll.
Wenn diese im konkreten Fall nicht ausreichen, ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung das zweckmäßigste und schnellste Mittel, um weitere Preisunterbietungen zu verhindern.

---

1) So m.R. Lehmpfuhl aaO, S. 688.
2) Ist das angerufene Gericht (LG) zugleich das örtlich zuständige Kartellgericht, so darf es über die kartellrechtl. Vorfrage mitentscheiden, ohne den Rechtsstreit nach § 96 Abs. 2 aussetzen zu müssen; vgl. BGH WUW/E BGH 354,355 f.; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 507, 508.
3) Die Unwirksamkeitserklärung wirkt ex nunc oder erst von einem best. Zeitpunkt ab(§ 17 Abs. 1 S. 1 GWB).
4) H.M.; Lehmpfuhl aaO; Tiffert (GK) § 96, 8 m.N.
5) BGH WUW/E BGH 244,249; OLG Düsseldorf aaO;Müller S.265.

II. BINDUNG DER AUSSENSEITER

Unter "Außenseitern" werden diejenigen Händler verstanden, die preisgebundene Markenware vertreiben, ohne sich zur Einhaltung des Festpreises verpflichtet zu haben.

Für die Sicherung einer Preisbindung ist von ausschlaggebender Bedeutung, daß die Möglichkeit besteht, jede Preisunterbietung zu unterbinden. Andernfalls bestände die Gefahr, daß das Preisbindungssystem lückenhaft wird. Lücken im System führen zur Aufhebung des Rechtsschutzes und damit unter Umständen zum Zusammenbruch der Preisbindung.

Gegen Außenseiter sind regelmäßig nur gerichtliche Sanktionen des Herstellers möglich, da keine vertraglichen Bindungen bestehen, und der Außenseiter nur selten ad hoc eine unbedingte Unterlassungserklärung, die mit einem Vertragsstrafeversprechen gekoppelt ist, abgeben wird.[1)]

Als Rechtsgrundlage für ein Vorgehen gegen den Außenseiter kommen in Betracht:
Die Verletzung gewerblicher Sonderrechte nach §§ 24, 25 WZG; 6, 47 PatG; 5, 15 GebrMG (1), Verstoß gegen § 1 UWG (2) sowie Eingriff in das nach § 823 BGB geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Preisbinders (3).

1) Preisunterbietung als Verletzung gewerblicher Sonderrechte

Für die bekannten Markenwaren bestehen regelmäßig eingetragene Warenzeichen oder ist zumindest Ausstattungsschutz kraft Verkehrsgeltung anzunehmen; viele Markenartikel sind patentiert, einige genießen Gebrauchsmusterschutz.[2)]

Der preisbindende Hersteller könnte die Einhaltung des Festpreises von allen Außenseitern verlangen, wenn sich der Schutz der Immaterialgüterrechte auch auf den Preis beziehen läßt.

---

1) Lehmpfuhl MA 1960, 683, 685.

2) Im einzelnen zur Verletzung dieser Rechte s. Schütte S. 130 ff.

Das führt zu der Frage, ob der Preis als solcher zum Schutzobjekt eines Sonderrechts gerechnet werden kann oder ob aufgrund der aus den einzelnen Sonderrechten fließenden Alleinbefugnisse des Rechtsinhabers eine Möglichkeit besteht, den Preis mit absoluter Wirkung zu fixieren.[1] In beiden Fällen läge in jeder Preisunterbietung eine Beeinträchtigung des Sonderrechts, so daß die Preisfestsetzung gegen jedermann geschützt wäre.

a) Warenzeichen und Ausstattung

Warenzeichen und Ausstattung[2] kennzeichnen die Ware des Zeicheninhabers, um sie deutlich von den Waren der Mitbewerber abzuheben.
Das Warenzeichen hat hauptsächlich zwei Funktionen. Es dokumentiert, daß die gekennzeichnete Ware aus einem bestimmten Betrieb stammt (Herkunftsfunktion) und in gleichbleibender Beschaffenheit angeboten wird (Garantiefunktion). Falls es sich um eine eingeführte Marke handelt, dient das Zeichen außerdem der Erhaltung und Erweiterung des Abnehmerkreises (Werbefunktion).[3]
Demgegenüber bezeichnet der Preis nicht die Ware selbst sondern deren Handelswert. Er dient als Bewertungsmaßstab für Leistung und Gegenleistung.
Zur Kennzeichnung einer Ware im Verkehr kann der Festpreis nicht benutzt werden, da ihm die wesentlichsten Eignungsvoraussetzungen einer Marke, Unterscheidungskraft und Einprägsamkeit, fehlen.[4]

---

1) Von den sog. Benutzungsrechten kommt insbesondere das Alleinrecht auf Inverkehrsetzung bzw. gewerbsmäßige Verbreitung in Betracht (§§ 15 Abs. 1 WZG; 6 PatG; 5 Abs. 1 GebrMG; 11 Abs. 1 LUG).
2) Gemäß § 25 WZG wird eine Ausstattung mit Verkehrsgeltung entsprechend geschützt wie ein Warenzeichen. Daher wird im folgenden nur vom Warenzeichen gesprochen.
3) Vgl. zu den Funktionen z. B. Baumbach-Hefermehl Einl. WZG, 3.
4) Vgl. im einzelnen Schütte S. 131 f.

Der durch das Warenzeichen bestehende Schutz einer Ware ist mit dem ersten rechtmäßigen Inverkehrsetzen erschöpft.[1] *Sobald der Zeicheninhaber die mit dem Warenzeichen versehene Ware aus der Hand gibt, beschränkt sich der Schutz an der Marke auf den unveränderten Fortbestand des Zeichens. Die Ware als solche ist nicht geschützt.*
Aus dem ausschließlichen Recht an der Marke können keine gegen jedermann wirkenden Vertriebsbindungen hergeleitet werden.[2] *Das Warenzeichen dient lediglich zur Kennzeichnung der Ware. Ein Absatzinstrument oder Möglichkeiten zur Marktkontrolle sollten damit nicht zur Verfügung gestellt werden. Der Zeicheninhaber kann also für den weiteren Vertrieb der Ware den Abnehmern keine Beschränkungen, wie z.B. die Einhaltung eines bestimmten Verkaufspreises, auferlegen.*[4]

Allerdings ist den Befürwortern[5] *des warenzeichenrechtlichen Schutzes der Preisbindung zuzugeben, daß Preisunterbietungen für den Außenseiter erst dadurch reizvoll werden, daß eine M a r k e besteht, die von den Verbrauchern als Qualitätssymbol angesehen wird. Auch ist nie bezweifelt worden, daß der vom Hersteller geschaffene good will der Marke schutzwürdig ist.*
Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß bei Preisunterbietungen warenzeichenrechtlicher Schutz notwendig und angemessen sei. Die Kennzeichnung der Ware bleibt unangetastet erhalten, daher kann das Verbietungsrecht nach § 24 WZG nicht helfen.[6]

---

1) *H.M.; RGZ 5o/229, 231; 13o/242, 246 f., st. Rspr; OLG Hamburg GRUR 1953, 177, 178; Völp MA 1964, 12, 23; v. Gamm § 15, 31; Schwartz (GK) § 16, 44; Schütte S. 133.*
2) *Dies geschieht aber in einigen französischen Entscheidungen (N. bei Reimer GRUR AIT 1966, 565 in Anm. 1o8 und S. 566 in Anm. 1o9), in einer Entscheidung des US Supreme Court in Sachen Old Dearborn Distributing Co.*

b) Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht

Auch im Patent- und Gebrauchsmusterrecht sind die Rechte mit dem Inverkehrbringen erschöpft (§§ 6 PatG, 5 Abs. 1 GebrMG). Die Alleinbefugnis besteht nur ebenso lange wie die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware. Durch die Veräußerung wird die Ware gemeinfrei.
Die Weiterveräußerung einer einmal rechtmäßig in den Verkehr gelangten Ware kann keinen patentrechtlichen Beschränkungen unterworfen werden.
Demnach bietet auch das Patent- und Gebrauchsmusterrecht dem Inhaber nicht die Möglichkeit, den für die Ware vorgesehenen Festpreis durchzusetzen.[1)]

c) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die gewerblichen Sonderrechte deren Inhabern nicht die Möglichkeit geben, die Preisfestsetzung einer Ware gegen jedermann zu schützen. Die an einem Markenartikel bestehenden Immaterialgüterrechte werden durch Preisunterbietungen nicht verletzt.

---

v. Seagram-Distillers Corp. aus dem Jahre 1936 (vgl. Völp S. 8/9), zum Teil im belgischen Schrifttum (N. bei Reimer aaO, S. 566 Anm. 110-114) und bei Callmann GRUR 1963, 461 ff. In die gleiche Richtung weist ein z. Zt. vorliegender amerikanischer Gesetzentwurf (Quality Stabilization Bill 1963); vgl. zu Vorgeschichte, Inhalt und Stellungnahmen ausführlich Müller S. 50 bis 56 m.N.; kurze Hinweise in MA 1963, 1011; 1964, 26.
3) Völp MA 1964, 12, 23; Schwartz (GK) § 16, 44.
4) N. oben S. 53 Anm. 1.
5) N. oben S. 53 Anm. 2.
6) De lege ferenda ist es erwägenswert, das Warenzeichen nicht nur vor Verwässerungsgefahr durch ähnliche Zeichen, sondern auch vor Ausbeutungsgefahr durch preisschleudernde Händler zu schützen. In beiden Fällen wird der vom Zeicheninhaber geschaffene Wert beeinträchtigt. Dies könnte als Eingriff in das Warenzeichen gewertet werden.

1) H.M.; vgl. Schütte S. 134 m.N.; May S. 38 f.

2) Preisunterbietung als Verstoß gegen § 1 UWG

Ein Verstoß gegen § 1 UWG liegt vor, wenn die Preisunterbietung durch Außenseiter zu Zwecken des Wettbewerbes erfolgt und gegen die guten Sitten verstößt.

a) Wettbewerbsverhältnis zwischen Preisbinder/Außenseiter

Wettbewerbszwecken dient eine Handlung dann, wenn durch sie der Absatz eines Wettbewerbers auf Kosten seiner Mitbewerber erweitert werden soll.[1)]
Gewerbetreibende, die den gleichen Abnehmerkreis haben, stehen miteinander in Wettbewerb.[2)]
Liefert der Hersteller seine Waren auch direkt an die Verbraucher, so überschneiden sich die unmittelbaren Kundenkreise des preisbindenden Herstellers und des Außenseiters.

Regelmäßig besteht jedoch kein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis, da der Preisbinder seine Waren nur an Groß- oder Einzelhandel liefert, der Außenseiter dagegen an die Verbraucherschaft verkauft.
Mittelbar -über den Handel- sind die Verbraucher aber auch Kunden des Herstellers.
Bei Markenartikeln wird dies dadurch verstärkt, daß der Fabrikant wesentliche Funktionen des Handels übernimmt, ihn bei seinen Verkaufsbemühungen unterstützt und durch die Marke in direkte Beziehung zum Kunden tritt.[3)]
Sowohl der Außenseiter als auch der Hersteller suchen auf den Kaufentschluß der Verbraucher einzuwirken; zwischen ihnen besteht ein mittelbares Wettbewerbsverhältnis, das zur Klage aus § 1 UWG genügt.[4)]
Die Klagebefugnis des Herstellers ergibt sich jedenfalls aus § 13 Abs. 1 UWG.[5)]

---

1) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 145 m.N.
2) Baumbach-Hefermehl aaO,Rdnr. 146 f. m.N.
3) Im einzelnen vgl. Schütte S. 172 ff.
4) Baumbach-Hefermehl aaO,152 f.; Schütte S. 174 m.w.N.
5) BGH NJW 1955, 1753, 1754; Schütte S. 174 ff. m.N.

b) Begriff der guten Sitten

Was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff der "guten Sitten" in § 1 UWG zu verstehen ist, ist bis heute noch nicht eindeutig geklärt.
Vom Wortlaut ausgehend gibt es hauptsächlich zwei Auslegungsmöglichkeiten.
Verwiesen sein könnte auf die Regeln der S i t t e [1], d. h. die tatsächlich geübten Gewohnheiten des geschäftlichen Verkehrs, oder auf die S i t t l i c h k e i t [2], das bedeutet auf Grundsätze und Gebote der Moral, die im Wettbewerb eingehalten werden sollen.

Für die Beurteilung eines bestimmten Verhaltens ist in erster Linie die Anschauung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden entscheidend[3]; diese wird unter Umständen durch das Urteil der Allgemeinheit korrigiert.[4]

Zu bedenken ist, ob nicht auch das Urteil des sachverständigen durchschnittlichen Kunden Berücksichtigung verdient.[5]

Doch sowohl der Maßstab der tatsächlichen Sitten als auch der Sittlichkeit können keine klaren Richtlinien für die Abgrenzung zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb liefern.[6]

---

1) Diese bezeichnet man auch als Konventionalnormen oder Standesbrauch. Vgl. im einzelnen Kraft S. 1o5-11o,118 ff.; Rinck S. 169 ff m.N., 173. In der Rspr wird der Sittenbegriff überwiegend objektiviert und am Standesbrauch oder am öffentl. Interesse u.ä. orientiert; vgl. BGH WRP 1955, 2o6,2o8; w.N. bei Rinck S. 17o in Anm. 1o3-1o6; Kraft S. 116/117.
2) Manchmal auch als ethisch verstandenes Sittengesetz oder sittlich-rechtl. Bewußtsein bezeichnet. Im einzelnen siehe Kraft S. 11o-114 m.N.; Droste WRP 1966, 323 ff.; WRP 1965, 35, 36ff.; Fikentscher GRUR AIT 1966, 181, 184 f.; N. bei Rinck S. 169 in Anm 1o1.
3) H.M.; RGZ 162/337,341; BGHZ 15, 356,364/365, st. Rspr; Rinck S. 165 f., 17o/171.
4) H.M.; BGH BB 1965, 884; WRP 1955, 2o6,2o8, st. Rspr; Rinck S. 167/168 m.N., 171.
5) So u.a. Rinck S. 166 f.; Droste WRP 1966,323,324.
6) Vgl. im einzelnen Kraft S. 114 ff.

Stellt man auf die Sitte ab, ergibt sich die Frage, ob das tatsächliche Verhalten der Gewerbetreibenden als Sitte oder als Unsitte zu werten ist.[1]

Die Beurteilung des Verhaltens ist also noch offen. Auch darf nicht vergessen werden, daß eine Sitte sich erst nach einer gewissen Anlaufs- oder Übergangszeit herausbildet, in der keine Beurteilung möglich wäre.[2]

Sucht man die Wertung aus sittlichen Maßstäben herzuleiten, steht die Rechtsprechung vor der kaum lösbaren Aufgabe, die Gesinnung des Handelnden zu erforschen.[3]

Weiter besteht die Gefahr, daß der Richter die Wertung nicht nach allgemeinen Maßstäben, dem allgemein sittlich-rechtlichen Bewußtsein, sondern nach seinem eigenen Empfinden vornimmt, da es allgemeinverbindliche Moralmaßstäbe für jeden Einzelfall nicht geben kann.[4]

Außerdem darf nicht übersehen werden, daß sowohl eine Sitte als auch ein moralisch positiv zu bewertendes Verhalten letztlich wenig darüber aussagen können, ob die Handlung der Förderung des Wettbewerbes oder der Lauterkeit im Wettbewerb dient.

Es erscheint daher angebracht, sich nicht darauf zu beschränken, die Anschauungen des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit festzustellen.

---

1) Vgl. u.a. Kraft S. 114; ähnl. Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 51, 53, 57; Hubmann § 49 IV (S. 241).
2) Darauf weist Kraft S. 115 m. R. hin.
3) Kraft S. 115. Auch sind Moralmaßstäbe im Wettbewerbskampf schwer begründbar, da selbst der lauterste Leistungswettbewerb zu erheblich schädigenden Auswirkungen führen kann und wird.
4) Kraft S. 115/116; Droste WRP 1965, 35, 37, 38 f. Es gibt für den Richter keine Möglichkeit, das allg. sittlich-rechtliche Bewußtsein sicher festzustellen. Denn selbst bei ad hoc durchgeführten Meinungsumfragen ist das Ergebnis durch die Stellung der Fragen und die Auswahl der befragten Personen manipulierbar. Auch ist die Ausdeutung der Meinungsumfrage immer nach verschiedenen Gesichtspunkten oder Blickwinkeln möglich. Alle Hilfsmittel können letztlich nur zur Feststellung von Anhaltspunkten für die Moralmaßstäbe führen, nicht aber diese selbst aufdecken.

Darüber hinaus sollten die Interessen der am Wettbewerb Beteiligten gegeneinander abgewogen werden[1] und sollte geprüft werden, wie sich das zu beurteilende Verhalten auf den Wettbewerb auswirkt.[2] Bei der Bewertung der Handlung sind die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wettbewerbsordnung ausschlaggebend.[3]
Ob Leistungs- oder Nichtleistungswettbewerb vorliegt, wird oft als Indiz für Lauterkeit oder Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung angesehen.[4] Die Schwierigkeit hierbei ist allerdings, klare Voraussetzungen für den sog. "Leistungswettbewerb" aufzustellen.[5] Greift man für den Begriff der Leistung auf die allgemeinen Kriterien der Lauterkeit zurück, so ist es selbstverständlich, daß jeder Leistungswettbewerb lauterer Wettbewerb ist. Geht man vom ungestörten Funktionieren des Wettbewerbes aus, so ist der Begriff Leistungswettbewerb ebenfalls nur ein anderer Ausdruck für lauteren Wettbewerb. Bei anderen Begriffsbestimmungen besteht keine Indizfunktion.[6]
Die Unterscheidung Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb kann daher die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit nicht wesentlich erleichtern.

---

1) Vgl. im einzelnen Kraft S. 119 ff., 124 ff., 175 ff., 209 ff.; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 75; ähnlich BGHZ 23, 365, 371; 28, 54,59 f.
2) Völp MA 1964, 12, 15; GRUR 1962, 178, 182/183; ähnlich BGH NJW 1961, 1916, 1918 f.
3) Schutzgut des UWG ist nach heute überwiegender Auffassung der lautere Wettbewerb sowie die Erhaltung der Wettbewerbsordnung. Diese Kurzformel mag genügen, da Einigkeit besteht, daß die Lauterkeit des Wettbewerbes geschützt werden soll. Für die vorliegende Frage ist es ohne Bedeutung, welches spezielle Rechtsgut oder welche Interessen in den Vordergrund gestellt werden. Vgl. im einzelnen m.N. Kraft S. 148 ff., 192 ff.
4) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 72; Fikentscher (Wettbewerb) S. 116 f.; Gastiger GRUR 1965, 179 (u.).
5) Vgl. die Zusammenstellung der Auffassungen bei Benkendorff WUW 1958, 416, 423 m.N. in den Anm 21-27.
6) In allen Fällen, in denen die Begriffe Leistungswettbewerb und lauterer Wettbewerb nicht identisch sind, besteht ein Zwischenbereich, in dem die Sittenwidrigkeit unabhängig von dem Begriff Nichtleistungswettbewerb festgestellt werden muß.

c) *Preisunterbietung des Außenseiters als Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb* 1)

Um Anhaltspunkte für die Beurteilung der Preisunterbietung eines Außenseiters zu gewinnen, ist zuerst zu prüfen, ob diese Wettbewerbshandlung dem Leistungsprinzip entspricht.[2]
Danach werden die Einzelbestandteile des Wettbewerbsverhaltens und der Gesamttatbestand auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten im Wettbewerb untersucht.

(1) Leistungsprinzip und Wettbewerb

Dem heutigen Wirtschaftssystem liegt der Gedanke zugrunde, daß der f r e i e Wettbewerb als Ordnungsfaktor des Marktgeschehens notwendig und genügend ist.[3]

Wettbewerb besteht, wenn mehrere selbständige Mitbewerber durch Inaussichtstellung möglichst günstiger Bedingungen danach streben, den eigenen Kundenkreis zu erhalten oder auf Kosten der anderen zu erweitern.[4]

Durch einen Leistungsvergleich wird dem Kunden die Möglichkeit eröffnet, sich für die beste der angebotenen Leistungen zu entscheiden und damit den leistungsfähigsten Wettbewerber zu fördern.[5]

---

1) Im einzelnen vgl. Sasse Diss. 1965; Gottwald Diss. 1965 jeweils m.w.N. zu den Einzelpunkten.
2) Die Orientierung am Leistungsprinzip entspricht am ehesten dem Gerechtigkeitsgedanken und ergibt sich beinahe notwendig aus der Funktionsbezogenheit des Wertmaßstabes der "guten Sitten". Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist bei Verletzung des Leistungsprinzips nicht dargetan und wird auch nicht vermutet. Doch kann auf diesem Wege eine wettbewerbsbezogene Richtlinie für die Wertung des Verhaltens aufgezeigt werden, die die Beurteilung erleichtert. Für diese Reihenfolge der Prüfung wohl auch Hubmann § 49 IV (S. 241 ff.); Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 72; ähnl. BGHZ 15, 356, 365; OLG Stuttgart NJW 1955, 389.
3) Durch Staatseingriffe (Kredite, Subventionen, Zollsenkungen etc) wird das Regulativ des freien Wettbewerbes abgeschwächt oder verschärft, um soziale oder sonstige Erwägungen zur Geltung zu bringen oder Wettbewerbsauswüchse zu korrigieren.

Damit dem Wettbewerb diese ordnende Funktion zukommen kann, ist notwendig, daß die Wettbewerber sich am Leistungsprinzip ausrichten.
Das Leistungsprinzip geht davon aus, daß bei potentieller Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen (a) und Bestehen echter Vergleichsmöglichkeiten (b) die beste Leistung (c) ausgewählt wird. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht die Aussicht, daß die leistungsfähigsten Wettbewerber gefördert werden. Wird eines dieser Elemente gestört oder mißachtet, ist die Auslese- und Ordnungsfunktion des Wettbewerbes nicht mehr gewahrt. Sinn des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und besonders von § 1 UWG ist es daher, den lauteren -dem Leistungsprinzip entsprechenden- Wettbewerb zu erhalten und zu fördern, indem man den wettbewerbswidrigen untersagt.

(a) Potentielle Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen
Die grundsätzliche Chancengleichheit aller Teilnehmer am Wirtschaftsleben ist für das Funktionieren des Wettbewerbes von wesentlicher Bedeutung.[1] Durch eine lückenlos ein- und durchgeführte Preisbindung wird in rechtlich zulässiger Weise für alle Wettbewerber eine k o n f o r m e Wettbewerbslage (par conditio concurrentium) geschaffen, die zu beachten ist.[2]

---

4) Baumbach-Hefermehl Allg., 3 m.N., 4.
5) Fikentscher(Wettbewerb) S. 115/116;Gastiger GRUR 1965,179.

1) Ähnlich Fikentscher GRUR AIT 1966, 181, 186; Hubmann § 49 IV 1c (S. 243); Kraft S. 235. Gottwald S. 51 ff, besonders 57 ff. untersucht die Gültigkeit des Gleichheitssatzes im Wettbewerb. Er geht hierbei mit Recht davon aus, daß jedes geltende Gesetz für die Staatsbürger eine "par conditio" schaffe, deren Verletzung bei Vorliegen erschwerender Umstände sittenwidrig sei (58/59). Er stellt dann weiter zutreffend fest, daß die Wettbewerber in der Regel nicht zur Solidarität verpflichtet sind (59 ff.). Daraus wird jedoch zu Unrecht gefolgert, daß im Wettbewerb grundsätzlich Chancenungleichheit bestehe (6o/61) und daß aus diesem Grunde der Gleichheitssatz als Kri-

Der Außenseiter verschafft sich durch die Unterbietung des Festpreises einen unberechtigten Wettbewerbsvorsprung vor seinen vertraglich gebundenen Mitbewerbern, indem er fremden Vertragsbruch ausnutzt und auf die Vertragstreue seiner Mitbewerber spekuliert.[1] Die Mißachtung der allgemein bestehenden Wettbewerbsbedingung verstößt gegen den Sinn des Wettbewerbes (wettbewerbsfremd).[2]

b) Bestehen echter Vergleichsmöglichkeiten

Damit sich die bessere Leistung durchsetzen kann, ist notwendig, daß die Abnehmer die Angebote vergleichen können und in ihrer Entscheidung frei sind. Die Angebote müssen also klar und wahr sein.
Die Preisunterbietung des Außenseiters kann vom Publikum dahin verstanden werden, daß der Festpreis der Markenware unangemessen hoch sei und alle Preise im Geschäft des Außenseiters billiger seien als bei seinen Mitbewerbern.[3] Diese falsche Vorstellung der Kunden mag häufig vorliegen.

Von einer wahrheitswidrigen, irreführenden Wettbewerbshandlung kann jedoch erst dann gesprochen werden, wenn der Außenseiter die preisgebundene Markenware als Lockvogel einsetzt, da dann die Täuschung Zweck und nicht nur Nebenwirkung der Preisunterbietung ist.[4]

---

terium für die Bewertung von Wettbewerbshandlungen ungeeignet sei (61). Unter Chancengleichheit versteht man nämlich die potentielle Gleichheit der äußeren Wettbewerbsbedingungen (Ladenschlußzeiten, Sonntagsruhe, gesundheitspolizeiliche Vorschriften u.ä.); dies hat mit Rücksicht-nahme auf die Mitbewerber nichts zu tun. Im einzelnen bestehen naturgemäß sehr unterschiedliche Bedingungen, doch nur bei Einhaltung gewisser Wettbewerbsregeln kann sich die beste Leistung durchsetzen.
2) Vgl. im einzelnen Schütte S. 184 ff.

1) Vgl. im einzelnen Martino MA 1963, 738, 740/742.
2) H.M. BGHZ 37, 30, 34 ff. (Selbstbedienungsgroßhandel); seit RGZ 88/9, 11/12 st. Rspr; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG , 71 ; § 1, 418, 423; Kraft S. 235,237; Schütte S. 86
3) Vgl. im einzelnen Schütte S. 179 ff. m.N.; Friese S. 88ff
4) Im Ergebnis zust. Fikentscher (Preisunterbietung) S. 36 m.N., 29,44; Schütte S. 179/180 m.N.; 181; May S. 111; Friese S. 88 ff., 91.

Der Händler spekuliert auf eine Umsatzerhöhung des Gesamtsortiments. Durch das Lockangebot soll beim Kunden der -falsche- Eindruck entstehen, auch die übrigen Artikel seien entsprechend preisgünstig kalkuliert. Der Händler spiegelt also eine Leistung vor, die in Wirklichkeit nicht besteht. Da dem Wahrheitsgrundsatz zur Durchsetzung des Leistungsprinzips überragende Bedeutung zukommt,[1] erscheint es angemessen, eine Wettbewerbshandlung schon dann als nicht wettbewerbskonform (wettbewerbsfremd) anzusehen, wenn durch sie regelmäßig die Entscheidungsfreiheit der Kunden in unsachlicher Weise beeinträchtigt werden soll und tatsächlich auch beeinträchtigt wird.[2]

(c) Beste Leistung

Nach dem Leistungsprinzip soll sich im Wettbewerb die beste Leistung durchsetzen. Beim Leistungsvergleich ist das Leistungsergebnis des Wettbewerbers zu berücksichtigen, das er durch eigene Tüchtigkeit unter Ausnutzung zufälliger Vorteile geschaffen hat.[3]
Der Außenseiter verkauft die gleiche Markenware billiger als die gebundenen Konkurrenten. Daraus könnte auf seine größere Leistungsfähigkeit im Wettbewerb geschlossen werden. Dieser Schluß wäre jedoch verfehlt, da das bessere Angebot nicht auf einer Leistung des Außenseiters beruht, sondern dadurch ermöglicht wird, daß er fremde Leistungen ausbeutet. Bei Einführung der Markenware versucht der preisbindende Hersteller durch umfangreiche Werbemaßnahmen, Gewährleistung bestimmter Güte und Bereitstellung von Nebenleistungen seiner Ware Verkehrsgeltung zu verschaffen und einen Verbraucherbedarf zu wecken. Ist ihm das gelungen, so symbolisiert die Marke den good will der Ware.[4]

---

1) Dies betonen mit Recht Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 68; Kraft S. 252 ff. m.N.; ähnlich Hubmann § 5o III (S. 252 f.).
In der modernen Werbung wird allerdings häufig gegen die Grundsätze des klaren und wahren Angebots verstoßen.

In diesen geschaffenen Wert greift der Außenseiter ein und beutet ihn zu seinem eigenen Vorteil aus.[1)]

Mit Hilfe der Preisbindung hat der Hersteller ein einheitliches Preisniveau geschaffen; dadurch wird der Unterpreis des Außenseiters sofort sichtbar und hebt sich scharf von den Angeboten der übrigen Händler ab. Diese Kontrastwirkung fördert den Umsatz und ermöglicht die Kalkulation mit geringen Spannen. Auch insoweit beutet der Außenseiter eine fremde Leistung aus.[2)]

Durch die Preisbindung sorgt der Hersteller außerdem dafür, daß zur fachkundigen Beratung und Durchführung des Kundendienstes ein Netz von Fachgeschäften zur Verfügung steht. Dadurch wird es dem Außenseiter ermöglicht, auf jede Form des Kundendienstes durch Fachpersonal zu verzichten.

Das Angebot des Außenseiters beruht demnach vornehmlich auf Leistungen des Herstellers sowie der gebundenen Mitbewerber und nicht auf eigener Leistung.

Die Mißachtung der Grundsätze des Leistungsprinzips unter Ausbeutung fremder Leistungen zum eigenen Vorteil läßt es gerechtfertigt erscheinen, die Preisunterbietung des Außenseiters nicht nur als wettbewerbsfremd, sondern als wettbewerbswidrig anzusehen.

Ob diese Wettbewerbswidrigkeit die Sittenwidrigkeit des Wettbewerbsverhaltens begründet, ist durch Untersuchung der Einzelmerkmale sowie des Gesamtverhaltens des Außenseiters zu überprüfen.

---

2) Ähnl. Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 71/68; wohl auch Kraft S. 253 f.
3) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, 71.
4) So treffend Callmann GRUR 1963, 461, 462/464.

1) Darauf weisen hin (z.T. wird sogar die Wettbewerbswidrigkeit allein hieraus abgeleitet): BGH NJW 1964, 917, 919 (Maggi); Völp MA 1964, 12, 23 f. m.N.; Martino MA 1964,6,1o; Reimer GRUR AIT 1966,565,57o; Gastiger GRUR 1965, 179; Sasse S. 55; Knopp Anm. GRUR 1964, 324/325.
2) BGH aaO; Völp aaO; Martino aaO; Sasse aaO.

(2) Beschaffung der Markenware

Ob bereits die Beschaffung der Markenware mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist, entscheidet sich danach, von wem der Außenseiter die Ware bezieht und welche Mittel er anwendet, um sie zu erhalten.
Ist das Preisbindungssystem lückenlos eingeführt und durchgesetzt, so ist ausgeschlossen, daß der Außenseiter Markenware erwerben kann, ohne daß sein unmittelbarer Lieferant oder einer der Vorlieferanten einen Vertragsbruch gegenüber dem preisbindenden Hersteller begeht. Es wird nach der Form der Willenseinwirkung unterschieden: Verleitung zum Vertragsbruch (a), Schleichbezug (b) und Ausnutzung fremden Vertragsbruches (c).

(a) Verleitung zum Vertragsbruch [1]

Unter Verleitung zum Vertragsbruch versteht die h.M. [2] jedes bewußte Hinwirken auf einen Vertragsbruch. Dabei ist unerheblich, ob der vertraglich gebundene Händler bereits vorher zum Vertragsbruch entschlossen war oder nicht. Jede -auch die geschäftsübliche- Bestellung in Kenntnis der vertraglichen Bindung des Lieferanten stellt nach dieser Meinung eine Verleitung zum Vertragsbruch dar.[3] Demgegenüber legen einige Vertreter des Schrifttums [4] den Begriff der Verleitung eng aus und verstehen darunter die bewußte Veranlassung des Vertragsbruches durch unübliche Einwirkungen auf den gebundenen Händler.

Im allgemeinen versteht man unter "verleiten" die Einwirkung auf den Willen eines anderen, um diesen zu einer konkreten Handlung zu veranlassen.[5]

---

1) Vgl. im einzelnen Sasse S. 24-38; 66 ff.; Gottwald S. 63-74; Herrmann GRUR 1955, 21-25; sowie Merkel NJW 1962, 1545 f.
2) Vgl. BGHZ 37, 30, 33; Paul NJW 1964, 129, 132 Anm. 29; Baumbach-Hefermehl § 1, 414; Herrmann aaO, S. 21; Sasse S. 25 ff. m.N.
3) BGH aaO; Paul aaO; Sasse S. 26, 30 f.

Mit welchen Mitteln auf den Willen des anderen eingewirkt wird, kann aus dem Begriff verleiten nicht entnommen werden. Eine Verleitung ist -sogar im Strafrecht- auch dann möglich, wenn der andere nur allgemein zu etwas entschlossen ist, die konkrete Handlung oder die konkrete Person, der gegenüber die Handlung erfolgen soll, aber noch gar nicht feststeht.[1] *Mit dem Wortsinn ist es durchaus vereinbar, wenn die h.M. annimmt, daß ein zum Vertragsbruch allgemein Entschlossener durch jede neue Bestellung erneut zum Vertragsbruch verleitet wird.*[2]

Diese Auslegung ist auch sinnvoll.
Die Unlauterkeit des Außenseiterverhaltens liegt in dem bewußten Hinwirken auf den Vertragsbruch, um diesen im Wettbewerb zum eigenen Vorteil auszubeuten.[3]
Der Vertragsbruch als solcher ist wertneutral.[4] *Es kann also für die sittliche Bewertung einer Handlung eigentlich keine Rolle spielen, ob die Verleitung "erfolgreich" ist oder nicht.*
Der Grund dafür, warum jede aktive Förderung eines Vertragsbruches als sittenwidrig anzusehen ist, ergibt sich aus folgender Überlegung. Die Wettbewerbsordnung kann nur aufrechterhalten werden, wenn jeder Gewerbetreibende auf die Einhaltung der eingegangenen Verträge vertrauen darf.

---

4) Merkel NJW 1962, 1545 f.; 1961, 1751, 1754; Koenigs JuS 1965, 384, 385; ähnlich Langen § 16, 165.
5) Diese Bedeutung hat das Wort <verleiten> sowohl in der Umgangssprache (vgl. Plaßmann JZ 1962, 463, 466: verführen, überreden...) als auch im Strafrecht (Schönke-Schröder 12. Aufl. §§ 109b, 7; 144,2; 160, 7; 176, 34) und Zivilrecht (RGZ 148/364,369;ähnl. BGHZ 12,308,318,320)

1) Schönke-Schröder aaO § 48,4 m.N.
2) Die Ausführung jeder neuen Bestellung ist ein Bruch des Preisbindungsvertrages, wo festgelegt ist, daß keine Lieferung ohne Weitergabe der Preisbindungsverpflichtung erfolgen darf. Vgl. im einzelnen Sasse S. 20 ff.
3) Herrmann GRUR 1955, 21 f.; Sasse S. 33, 35 m.N.
4) H.M.; BGHZ 37, 30, 32; Sasse S. 37/38 m.N.

Ohne diese Voraussetzung ist das Funktionieren von Produktion und Absatz, sowie Einkauf und Verkauf der Willkür der jeweiligen Vertragspartner ausgesetzt, was zu unübersehbaren Risiken führen würde. Daher geht unsere Rechtsordnung von dem Grundsatz "pacta sunt servanda" aus. Bisher war es allgemein anerkannt, daß dieser Grundsatz für alle Arten von Verträgen uneingeschränkt gilt. Neuerdings hat das OLG Frankfurt die Behauptung aufgestellt, für Preisbindungsverträge könne der Satz "pacta sunt servanda" nur eingeschränkt gelten, da bei diesen völlig entpersönlichten Massenorganisationsmitteln von vornherein das Vertrauen auf die Vertragstreue der Partner fehle und daher der sittlich verpflichtende Charakter eines echten pactum nicht gegeben sei.[1)]
Diese Meinung ist fast einhellig abgelehnt worden[2)] und muß abgelehnt werden. Zunächst einmal ist nicht einzusehen, warum Verträge eine sittliche Verpflichtung des Vertragspartners enthalten sollen und müssen. Dagegen spricht, daß der Vertragsbruch als solcher vom sittlichen Standpunkt aus allgemein als wertneutral angesehen wird. Die Preisbindungsverträge enthalten eine sachliche Regelung wirtschaftlicher Fragen. Die übereinstimmenden Willenserklärungen der jeweiligen Vertragspartner begründen eine vollgültige Vereinbarung.[3)]

---

1) NJW 1963, 1622, 1624; 2127, 2128; ähnliche Gedanken bei Plaßmann NJW 1963, 2097, 2098 Anm. 9, 2100 linke Spalte (anders noch JZ 1962, 463 465 rechte Spalte oben); Merkel NJW 1961, 1751, 1753 unten; Langen § 16, 166, 169.
2) BGH NJW 1964, 917, 919 (Maggi); OLG Koblenz WRP 1964, 94, 101; Gleiss/Hirsch WRP 1964, 9 f.; Knopp Anm. GRUR 1964, 324; Wiemer GRUR 1964, 128, 129 f.; Lieberknecht Anm. GRUR 1962, 425; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 88.
3) An der Wirksamkeit zweifelt auch das OLG Frankfurt nicht sondern nur an der sittlichen Bindung der Vertragspartner.

Die unter Umständen bestehende wirschaftliche Überlegenheit des preisbindenden Herstellers steht dem nicht entgegen, da deren Ausnutzung durch § 26 Abs. 2 GWB in Grenzen gehalten wird.[1)]

Jeder einzelne Preisbindungsvertrag ist außerdem für beide Vertragspartner von Bedeutung. Für den Hersteller, da die Einführung einer vertikalen Preisbindung mit erheblichen Kosten verbunden ist und deren Rechtsschutz von der Lückenlosigkeit des Systems abhängig ist. Für den Händler, da der Abschluß einer Preisbindungsvereinbarung seine Freiheit in der Preisgestaltung dieser Markenware einschränkt und Anspruch auf Gewährung einer festen Handelsspanne besteht.

Es widerspricht unserem Rechtssystem, bei Verträgen verschiedene Wertstufen einzuführen.[2)] Die rechtliche Beurteilung eines Vertrages darf nicht davon abhängen, ob er einzeln oder massenweise abgeschlossen wurde sowie auch nicht davon, ob auf der einen Seite einer oder viele Vertragspartner stehen.[3)] Ohne formularmäßige Massenverträge kann die heutige Wirtschaft nicht auskommen. Der Grundsatz "pacta sunt servanda" gilt also für Preisbindungsverträge ohne jede Einschränkung.

---

1) Wirtschaftliche Überlegenheit läßt die Abschlußfreiheit regelmäßig bestehen. Nur wenn diese gefährdet ist (Monopolunternehmen) und es sich um lebenswichtige Bedürfnisse des einzelnen handelt, kann über §§ 138, 826 BGB geholfen werden. § 26 Abs. 2 GWB setzt für den Preisbinder erheblich engere Grenzen.
Zur Privatautonomie und zur Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages vgl. im einzelnen Raiser S. 101, 106, 127 ff.; Flume S. 135, 141, 142 ff., 184.
Flume betont mit Recht, daß sich beim Verkehr mit Gütern und Leistungen im allgemeinen wirtschaftlich ungleiche Partner gegenüberstehen (S. 114). Dadurch allein werde jedoch die Macht der Selbstbestimmung nicht beeinträchtigt, wenn nur kraft der auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung die wirtschaftliche Macht des an sich Stärkeren durch den Markt aufgehoben werde (Funktion des Wettbewerbes).

Durch einen Vertrag werden allerdings grundsätzlich nur die Vertragspartner verpflichtet. Diese können in eigener Verantwortung entscheiden, ob sie zu ihrem Wort stehen wollen oder nicht. Mißachten sie den geschlossenen Vertrag, so bestehen vertragliche und unter Umständen auch deliktische Schadensersatzansprüche.
Neben dieser Innenwirkung hat jeder Vertrag auch eine beschränkte Außenwirkung gegenüber Dritten.[1] Die Rechtsordnung untersagt den Außenstehenden, in Verfolgung eigener Interessen den Partner eines schuldrechtlichen Vertrages zur Mißachtung seiner Vertragspflichten zu verleiten, ohne daß ein rechtlich anerkannter Grund besteht.[2] Andernfalls könnten sich Dritte zur Ausbeutung günstiger Verträge geradezu aufgefordert fühlen.[3]
Diese Auswirkung eines bestehenden Schuldverhältnisses auf Dritte ergibt sich bei konsequenter Durchführung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" zwangsläufig.

Auch sei es bei dem heutigen Massenverkehr allgemein üblich, daß der einzelne nur über das "Ob" der Inanspruchnahme entscheide, die Bedingungen des Vertrages im einzelnen aber nicht aushandeln könne (Gleichförmigkeit der Geschäfte des Massenverkehrs - S. 184).
2) OLG Koblenz WRP 1964, 94, 101; Sasse S. 51.
3) OLG Koblenz aaO; Wiemer aaO; Gleiss/Hirsch aaO; Sasse S. 51.

1) Herrmann GRUR 1955, 21, 22; Kraft S. 238 ; Sasse S. 35/36; Reimer GRUR AIT 1966, 565, 566/567 m.N.; ähnlich Staudinger-Weber Einl. vor § 241, 89 ff., bes. 93 (über das Schrifttum zur Außenwirkung des Forderungsrechts vgl. Anm. 92); OLG Koblenz aaO, S. 100.
2) Kraft S. 238; Sasse S. 36; Baumbach-Hefermehl § 1, 414; weitere Nachweise bei Reimer GRUR AIT 1966, 565, 566/567; im Ergebnis zustimmend Herrmann aaO; Gleiss/Hirsch WRP 1964, 9.
3) Ähnlich Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 86.

Wie notwendig es ist, einen gewissen Schutz gegen Dritte anzuerkennen, zeigt sich besonders deutlich im Wettbewerbsrecht.
Brauchte der Wettbewerber die Existenz fremder Verträge nicht zu beachten, könnte er jede vertragliche Bindung durch Einschaltung eines Dritten umgehen und sich unter Verletzung der für die anderen Wettbewerber bestehenden p a r c o n d i t i o c o n c u r r e n t i u m einen ungerechtfertigten Vorsprung verschaffen.[1]

Ist der gebundene Händler bereits zum Vertragsbruch entschlossen, so wird durch die konkrete Verleitung die Rückkehr in die vertragstreue Gesinnung ausgeschlossen[2] *und eine Zusammenarbeit unter Täuschung des preisbindenden Herstellers oder sonstigen sittenwidrigen Umständen begonnen bzw. fortgesetzt.*[3]

Aus diesen Erwägungen ist zu entnehmen, daß jedes bewußte Hinwirken auf einen Vertragsbruch zu Wettbewerbszwecken sittenwidrig ist.[4]

Bewußtes Handeln liegt vor, wenn der Außenseiter die vertragliche Bindung seines Lieferanten kennt oder mit ihr rechnet.
Falls er vom Bestehen des Preisbindungssystems Kenntnis hat[5], *handelt der Außenseiter zumindest mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich der vertraglichen Bindung seines Lieferanten. Vertrauen auf die Lückenhaftigkeit des Systems kann ihn nicht entlasten, da die Sach- und Rechtslage regelmäßig nicht zu übersehen ist, und er das Risiko für seine falsche Einschätzung der Lage tragen muß.*[6]

---

1) Vgl. bes. Kraft S. 238; Sasse S. 36.
2) Sasse S. 27.
3) Im einzelnen siehe Rasor/Schiedermair NJW 1963,85,86.
4) Zust. h.M.; RGZ 148/364, 369; BGHZ 37,3o, 32 f.(Selbstbedienungsgroßhandel); KG MA 1966,37; Herrmann aaO, S. 22 ff. m.N.; Lehmpfuhl MA 196o, 683, 693; Reimer GRUR AIT 1966, 565,567;Sasse S. 33,35 m.N.; a.A.Plaßmann JZ 1962,463,466; Merkel NJW 1962,1545 f.; Langen § 16, 165; Koenigs JuS 1965, 384,385.

(b) Schleichbezug von Markenwaren

Schleichbezug liegt vor, wenn der Außenseiter die Markenware durch Täuschung seines Lieferanten erlangt.[1] Es handelt sich also um einen qualifizierten Fall der Verleitung, wobei der Außenseiter in der Regel als mittelbarer Täter der Preisbindungsverletzung anzusehen ist. Dieser Schleichbezug ist immer sittenwidrig.[2]

(c) Ausnutzung fremden Vertragsbruches

Bei jeder aktiven Förderung fremden Vertragsbruches liegt Verleitung oder Schleichbezug vor, was automatisch die Sittenwidrigkeit der Warenbeschaffung begründet. Von Ausnutzung fremden Vertragsbruches sollte nur dann gesprochen werden, wenn sich der Außenseiter rein passiv verhalten hat.[3] Die Ausnutzung eines fremden Vertragsbruches ist zwar unerfreulich aber als solche grundsätzlich nicht unlauter.[4] Die Unlauterkeit hängt vielmehr von dem Vorliegen sonstiger "besonderer Umstände" ab.[5]

---

5) Die Lebenserfahrung spricht dafür, daß jeder Händler die Preisbindungen bekannter Markenwaren kennt. So m.R. Lehmpfuhl MA 196o, 683, 698; Goerke WRP 1955, 61.

6) Vgl. u.a. Lehmpfuhl aaO, S. 693 m.N.; ähnlich Baumbach-Hefermehl § 1, 416, 419, Einl. UWG, 77; weitere Nachweise bei Reimer GRUR AIT 1966, 565, 566 ff. Für die Unterlassungsklage ist diese subjektive Erfordernis regelmäßig ohne Bedeutung, da sie sich gegen zukünftiges wettbewerbswidriges Verhalten richtet und es daher genügt, wenn der Außenseiter im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung diese Kenntnis erlangt; BGHZ 37, 3o, 37 (Selbstbedienungsgroßhandel).

1) Allgemeine Meinung; Langen § 16, 164. Ob er über seine Außenseitereigenschaft täuscht, einen Strohmann vorschiebt oder ähnliches, ist gleichgültig.

2) Unstr.; Baumbach-Hefermehl § 1, 417 m.N.; Merkel NJW 1962, 1545; Plaßmann JZ 1962, 463,466.

3) Diese -notwendige- Konsequenz aus der von der h.M. vorgenommenen Auslegung des Verleitungsbegriffes wird in Rspr und Lehre nur selten beachtet. Vgl. aber Sasse S. 27 ff., 65 ff.; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 86.

4) H.M.; BGH NJW 1964, 917 (Maggi); 152, 154 (Trockenrasierer), st. Rspr; Sasse S. 37 f. m.N.

Fälle nicht qualifizierter Ausnutzung sind äußerst selten. Es bleiben nur zwei denkbare Fallgruppen.

Einmal dann, wenn ein vertragsuntreuer Großhändler dem Außenseiter von sich aus preisgebundene Markenwaren anbietet, ohne daß dieser vorher irgendetwas getan hat, um den Vertragsbruch zu begünstigen.
Kommt es später auch nur zu einer Nachbestellung, so liegt bereits wieder der Tatbestand der Verleitung vor.[1)]

Fälle dieser Gruppe sind daher nur von theoretischem Wert, weil der preisbindende Hersteller Preisunterbietungen eines Außenseiters in der Regel nicht sofort feststellen wird.

Zum anderen bleiben die Fälle, in denen der Außenseiter von einem Händler erwirbt, der seinerseits seinen Vormann zum Vertragsbruch verleitet hat.
Aber auch dieser Weg der Warenbeschaffung wird in der Praxis selten vorliegen.
Durch die Einschaltung eines Zwischenhändlers, der sicher nicht ohne Berücksichtigung seiner Kosten und einer angemessenen Verdienstspanne verkauft, wird die Möglichkeit einer Preisunterbietung des gebundenen Endverbraucherpreises praktisch ausgeschlossen.[2)]

Im Regelfall erfolgt daher der Erwerb der Markenware durch mündliche oder schriftliche Bestellung des Außenseiters direkt vom gebundenen (Groß-)Händler.[3)]

In dem Preisbindungsrevers ist festgelegt, daß der gebundene Händler keine einzige Markenware ohne Weitergabe der Preisbindungsverpflichtung verkaufen darf. Bei längerer Geschäftsverbindung wird daher der Preisbindungsvertrag nicht nur einmal, sondern ständig gebrochen.
Alle vom Hersteller ursprünglich gelieferten sowie alle nachbestellten Waren unterliegen dem Preisbindungsrevers

5) Die Bezeichnung bes. Umstände ist mißverständlich, denn im allg. folgert man die Sittenwidrigkeit aus typischerweise vorliegenden Elementen (Lehmpfuhl aaO, S. 693, 694/695; Sasse S. 62 ff.; v. Gamm WRP 1958, 367, 368.

1) Die Ausführung jeder neuen Bestellung ist ein selbständiger Bruch des Preisbindungsvertrages (Sasse S. 20 ff.).

bis der gebundene Händler sie ohne Weitergabe der Verpflichtung an einen Außenseiter ausliefert. Die Ausführung einer Bestellung ohne Weitergabe der Preisbindungsverpflichtung kann nicht als Vertragsbruch mit Wirkung für die Zukunft gedeutet werden.[1] Die restlichen beim gebundenen Händler noch befindlichen Waren unterliegen weiterhin dem Preisbindungsrevers.

Praktisch liegt daher bei einem lückenlosen Preisbindungssystem regelmäßig eine Verleitung vor,[2] weil das Verhältnis gebundener Händler/Außenseiter grundsätzlich auf längere Dauer berechnet ist und auch tatsächlich meist einige Zeit besteht, ehe der Preisbinder die Preisunterbietungen des Außenseiters feststellen und ausschalten kann. Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, das Vorliegen einer Verleitung zum Vertragsbruch bei nachgewiesener Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems zu vermuten.[3]

Diese tatsächliche Vermutung ist jedoch nur zulässig, wenn durch sie der Außenseiter nicht unbillig belastet wird. Beweisschwierigkeiten können für den Außenseiter durch die Vermutung nicht auftreten, da er den Beweis des ersten Anscheins durch den -für ihn leicht zu führenden- Nachweis redlichen Erwerbs entkräften kann. Er muß dazu nachweisen, daß er die Ware von einem nicht-gebundenen Händler erworben habe oder aber, daß dies sein erster Warenbezug sei und die Initiative dazu vom gebundenen Händler ausging.

---

2) Dient der verleitende Zwischenhändler lediglich als Strohmann, der ohne Verdienst arbeitet und mit geringem Kostenaufwand liefern kann, so liegt bereits "Schleichbezug" vor, der grundsätzlich sittenwidrig ist.
3) Merkel NJW 1961, 1751, 1752/1753; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 86; Sasse S. 54 ff., 66 (im einzelnen).

---

1) Vgl. im einzelnen Sasse S. 2o ff., bes. 23.
2) Zust. Sasse S. 66 f.; ähnl. Rasor/Schiedermair aaO; wohl auch Fikentscher GRUR AIT 1966, 181, 186.
3) Im Ergebnis zust. Fikentscher aaO sowie (Preisunterbietung) S. 56, der eine tatsächliche Vermutung für unredlichen Erwerb des Außenseiters bejaht und die Ausnutzung fremden Vertragsbruches für wertneutral hält.

Weiter kann der Außenseiter die tatsächliche Vermutung auch dadurch ausschalten, daß er den Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems erschüttert.
Durch die Vermutung sittenwidriger Warenbeschaffung entsteht allerdings eine gewisse Belastung des Außenseiters, da ihm hierdurch oft nur die Wahl zwischen zwei Übeln bleibt. Entweder er nennt seinen Lieferanten, dann ist es mit dem vorteilhaften Weiterbezug der Ware aus. Oder aber er schweigt, um die Fortsetzung des Geschäftsverhältnisses nicht zu gefährden, dann setzt er sich der Gefahr einer Verurteilung aus.
Diese Situation des Außenseiters erscheint angemessen. Der bisherige Warenbezug und der Weiterbezug sind nämlich regelmäßig sittenwidrig und führen zu einer Schädigung des preisbindenden Herstellers und der gebundenen Händler.

Denkbar bleibt allerdings der Fall, daß der Außenseiter sich lediglich scheut, seinem Lieferantan, mit dem er vielleicht bei anderen Artikeln seit langer Zeit in enger Geschäftsverbindung steht nach Art eines Denunzianten Schwierigkeiten zu bereiten und sich dadurch dem Vorwurf einer Denunziation auszusetzen. Da das bisherige Zusammenwirken sittlich wertneutral sein kann und ein Weiterbezug unter Umständen gar nicht beabsichtigt ist, erscheint es nicht möglich, allein aus dem Schweigen des Außenseiters auf die Sittenwidrigkeit des Warenbezuges zu schließen, auch wenn diese im Regelfall vorliegt.
Das Ergebnis, daß dem Außenseiter bei ausnahmsweise berechtigtem Schweigen daraus Nachteile entstehen können, spricht jedoch nicht gegen die Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung, sondern ist die notwendige Folge jeder auf der Lebenserfahrung beruhenden Beweislastregel.[1)]

---

1) Jede Regel muß verallgemeinern und die typischen Fälle in den Vordergrund stellen. Liegt ein Ausnahmetatbestand vor, muß dies der Betroffene geltend machen, sonst wird er so behandelt wie die Regelfälle.

Es ist daher festzuhalten, daß bei nachgewiesener Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems der erste Anschein für eine Warenbeschaffung des Außenseiters unter sittenwidrigen Umständen spricht.

Die Annahme dieser tatsächlichen Vermutung ist angemessen und trifft den Außenseiter nicht unbillig.[1)]

Da jedoch die Möglichkeit besteht, daß der Außenseiter redlichen Erwerb der Markenware oder Lücken im Preisbindungssystem nachweisen kann, was die tatsächliche Vermutung sittenwidriger Warenbeschaffung widerlegen würde, muß noch untersucht werden, ob das Wettbewerbsverhalten des Außenseiters aus sonstigen Gründen als sittenwidrig anzusehen ist.

(3) Preisunterbietung durch Außenseiter

Die Preisunterbietung als solche ist Wesensmerkmal des gesunden Wettbewerbes. Erst das Vorliegen besonderer Umstände kann die Sittenwidrigkeit begründen.[2)]

Als sittenwidrige Begleitumstände kommen bei der Preisunterbietung des Außenseiters in Betracht:

(a) Verstoß gegen das Leistungsprinzip

Der Außenseiter beutet durch die Preisunterbietung fremde Leistungen zum eigenen Vorteil aus und täuscht durch sein Angebot normalerweise die Kunden über die Preiswürdigkeit seines Sortiments.

(b) Schädigung des Herstellers und der Händler

Die Preisschleuderei führt regelmäßig zu good-will-Verlusten der Markenware. Außerdem geht der Umsatz der gebundenen Händler zurück, da sie sich den Preisen der Außenseiter nicht anpassen können.

Diese Begleitumstände zeigen, daß die Unterschreitung des gebundenen Festpreises nicht wettbewerbskonform ist. Ein Sittenverstoß i. S. von § 1 UWG läßt sich jedoch nicht feststellen.

1) Denkbar ist auch folgender Weg: Die Markenwaren erhalten zur Kennzeichnung des Lieferweges best. Kontrollnummern, die für jeden Großhändler verschieden sind. Gewaltsames Entfernen oder Beschädigen dieser Kontroll-

(4) Gesamttatbestand des Außenseiterverhaltens [1]

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß sowohl die Ausnutzung fremden Vertragsbruches als auch die Preisunterbietung an sich wertneutral sind.
Beide Wettbewerbsmaßnahmen sind jedoch infolge der bestehenden Begleitumstände häufig sittenwidrig.

Ein Vorgehen gegen den preisunterbietenden Außenseiter ist allerdings nur dann in jedem Falle erfolgversprechend, wenn dessen Verhalten immer als sittenwidrig zu qualifizieren ist.
Es ist daher zu prüfen, ob sich aus dem sog. Gesamttatbestand des Außenseiterverhaltens die Sittenwidrigkeit begründen läßt.
Der Außenseiter beschafft sich die Ware (zumindest) unter Ausnutzung fremden Vertragsbruches, um durch Unterbietung des festgesetzten Endverbraucherpreises im Kampf um den Kunden einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gebundenen Mitbewerbern zu erzielen.
Auf diese Weise nützt er das bestehende Preisbindungssystem und die Vertragstreue seiner Mitbewerber zum eigenen Vorteil, aber zum Schaden von preisbindendem Hersteller und Mitbewerbern aus.

---

nummern kann nur den Zweck haben, die Ermittlung des Zwischenhändlers unmöglich zu machen. Das ist nur verständlich, wenn dadurch ein Vertragsbruch verschleiert werden soll. Daher kann aus der Beschädigung der Kontrollnummern auf die Sittenwidrigkeit der Warenbeschaffung geschlossen werden. Vgl. im einzelnen May S. 58ff bes. 63; Reimer GRUR AIT 1966, 565, 571; Baumbach-Hefermehl § 1, 201; Schütte S. 205.
Diese Kennzeichnung ist jedoch wegen der Masse der Waren und bzw. oder der Zwischenhändler häufig nicht durchführbar.

2) H.M.; Fikentscher (Preisunterbietung) S. 20 m.N.,82.

---

1) Zu diesem Komplex gibt es eine fast nicht mehr übersehbare Anzahl von Stellungnahmen. Vgl. u.a. meist m.w.N. BGH NJW 1964, 917 ff(Maggi); OLG Koblenz WRP 1964, 94, 100 f.; OLG Frankfurt NJW 1963, 1622 ff.; Schwartz (GK) § 16,89; Langen § 16, 160 ff.; Baumbach-Hefermehl § 1, 418 ff.; Völp MA 1964,12 ff.; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85 ff.; Lehmpfuhl MA 1960, 683, 693 ff.; Martino MA 1963, 738, 740 ff.; Sasse S. 40 ff., 62 ff. Schütte S. 183 ff.,190 ff; Merkel NJW 1962,1545,1546ff 1961, 1751 ff.; Plaßmann JZ 1962, 463, 465 ff.

Unter Berücksichtigung dieses Gesamttatbestandes wird die Sittenwidrigkeit des Außenseiterverhaltens von der herrschenden Lehre[1] und dem weit überwiegenden Teil der Rechtsprechung[2] bejaht.

Es besteht allerdings keine Einigkeit, welchen Merkmalen des Gesamtverhaltens das entscheidende Gewicht beizumessen ist.[3]

Im folgenden soll auf die heute besonders heftig umstrittenen Punkte eingegangen werden, die gegen die Sittenwidrigkeit des Außenseiterverhaltens sprechen könnten.

(a) Summierung sittlich einwandfreier Verhaltensweisen

Es besteht der allgemeine Grundsatz, daß aus einer bloßen Summierung mehrerer, an sich zulässiger Maßnahmen kein unzulässiges Verhalten werden kann.[4]
Daraus folgert Merkel[5], daß aus dem Zusammenwirken der sittlich einwandfreien Ausnutzung fremden Vertragsbruches und der wertneutralen Preisunterbietung kein Unwerturteil abgeleitet werden könne.

Sicher ist richtig, daß bei einer bloßen Summierung von zwei rein positiven Elementen nicht etwas Negatives herauskommen darf.

Es ist daher nicht möglich, daß zulässige Regelverhalten des einen Einzeltatbestandes als "besonderen" , die Sittenwidrigkeit begründenden Umstand des hinzugefügten ebenfalls zulässigen zweiten Einzeltatbestandes zu werten.

---

1) Schwartz aaO; Baumbach-Hefermehl § 1, 418 m.N.; Reimer GRUR AIT 1966, 565, 57o; Martino MA 1964, 6; 1o; 1963, 738,74o; Völp aaO , S. 23 ff. m.N. auf den S. 15 ff.; Sasse S. 4o ff., 53 ff., 62 ff. u.ö.
2) BGH aaO; BGHZ 3o, 34 ff(Selbstbedienungsgroßhändler); RGZ 88/9, 11 f.; 133/33o, 335 f., st. Rspr; OLG Koblenz aaO; OLG Hamburg WRP 1962, 21o,212;KG GRUR 1954, 197, 198, 2o6; OLG Nürnberg MA 1966, 349,35o.
3) Auf diesen Streit braucht im einzelnen nicht eingegangen zu werden, da sich die Autoren und Gerichte im Ergebnis einig sind.
4) So m. R. v. Gamm WRP 1958, 367,368.
5) NJW 1961, 1751,1753; ähnl. Plaßmann JZ 1962, 463,466; Langen § 16, 166; Gottwald S. 88.

Auf diesem Wege würde die Zulässigkeit der Einzelmaßnahmen durch den juristischen Kunstgriff der "besonderen Umstände" beseitigt.[1]

Die These von Merkel setzt aber logisch zwei Dinge voraus. Einerseits müssen die Einzelmaßnahmen völlig wertneutral sein. Andererseits darf wirklich nur eine bloße Summierung von Einzeltatbeständen vorliegen.

Die Ausnutzung fremden Vertragsbruches sowie die Preisunterbietung des Außenseiters sind keine sittlich einwandfreien Verhaltensweisen.
Bei beiden Einzeltatbeständen liegen Begleitumstände vor, die dem Leistungsprinzip widersprechen und sittenwidrige Elemente enthalten. Die sittenwidrigen Einzelelemente rechtfertigen zwar nicht, der Wettbewerbsmaßnahme in jedem Falle den Makel der Sittenwidrigkeit aufzuprägen, wohl aber zeigen sie, daß beide Einzelverhaltensweisen keineswegs sittlich wertneutral sind.

Außerdem liegt auch keine bloße Summierung vor, sondern es besteht ein sog. Gesamttatbestand, da durch Kombination der Einzelmaßnahmen gegenüber den erlaubten Einzeltatbeständen andersartige Wirkungen entstehen.[2]

Die Gesamtwirkung läßt sich nach Anlaß, Zweck, Mittel, Begleitumständen und Auswirkungen wie folgt umschreiben:[3]

Der durch die vertikale Preisbindung vom Warenbezug ausgeschlossene Außenseiter (Anlaß) beutet die Preisbindung zum eigenen Vorteil (Zweck) durch Ausnutzung fremden Vertragsbruches und nachfolgende Preisunterbietung (Mittel) aus. Die Unmöglichkeit der Preisangleichung für die gebundenen Mitbewerber sowie der good will der Marke (Begleitumstände) ermöglichen eine erhebliche Umsatzsteigerung und bilden damit einen ständigen Anreiz für die Mitbewerber, ihre Preisbindungsverpflichtungen zu brechen und ebenfalls die Preise zu unterbieten, was zur Durch-

1) Darauf weist v. Gamm WRP.1958, 367, 368 m.R. hin.
2) Ähnl. v. Gamm aaO; Reimer GRUR AIT 1966,565,57o; Gleiss NJW 1961, 2loo, 2lol.
3) v. Gamm aaO; ähnl. Reimer aaO; OLG Koblenz WRP1964,94, loo.

löcherung und häufig sogar zum Zusammenbruch des Preisbindungssystems führen kann (Auswirkungen).

Liegt nur eine Ausnutzung fremden Vertragsbruches , aber keine Preisunterbietung vor, so treten beim Preisbindungssystem regelmäßig keine Schäden auf.
Fehlt es an der Ausnutzung fremden Vertragsbruches, so zeigt dies, daß das Preisbindungssystem nicht lückenlos ist. Die später auftretenden Schäden waren dann schon potentiell vorhanden und sind durch die Preisunterbietungen nur aktualisiert worden.

Diese Erwägungen zeigen, daß die Voraussetzungen für einen zwingenden Schluß nicht gegeben sind.

Die These von Merkel ist demnach nicht richtig.[1)]

(b) Verhältnis der §§ 1,16 GWB und § 1 UWG

Ein besonders streitiger Punkt ist das Verhältnis der Normen des GWB zu § 1 UWG und deren Auswirkungen auf die Außenseiterrechtsprechung.

Merkel[2)] ist der Meinung, den Wertvorstellungen des § 1 GWB gebühre der unbedingte Vorrang, da das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen später erlassen sei als das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und eine Spezialregelung enthalte. Aus diesem Grunde seien die Gerichte verpflichtet, bei der Auslegung des §1 UWG die Ordnungsvorstellungen des § 1 GWB zugunsten des Außenseiters zu berücksichtigen.

---

1) Zustimmend von Gamm WRP 1958, 367, 368; Reimer GRUR AIT 1966, 565, 57o; OLG Koblenz WRP 1964 , 94, 1oo; im Ergebnis übereinstimmend die herrschende Meinung; vgl. die Nachweise bei Baumbach-Hefermehl § 1 , 418.

2) NJW 1961, 1751, 1754; 1962, 1545, 1547; ähnlich Plaßmann JZ 1962, 463, 47o ; Langen § 16, 161; Anklänge auch beim OLG Frankfurt NJW 1963, 1622, 1624, 1625.

Diese These ist schon im Ansatzpunkt fragwürdig.

Für die Rangordnung und das Außerkrafttreten von gesetzlichen Vorschriften gelten u.a. folgende Rechtsregeln:

(I) Lex specialis derogat legi generali.
(II) Lex posterior derogat legi priori.
(III) Lex posterior non derogat legi priori speciali.

Die erste Frage muß also immer sein, ob § 1 GWB im Verhältnis zu § 1 UWG ein besonderer Rechtssatz (lex specialis) ist.

Das kann nicht schon mit der Feststellung begründet werden, daß ein spezielles Gebiet geregelt werde. Denn sowohl UWG als auch GWB regeln Spezialgebiete aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts.
Das GWB dient vornehmlich der möglichst weitgehenden Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit (Wettbewerbsprinzip); das UWG schreibt für den Wettbewerb die Einhaltung gewisser Regeln vor (Lauterkeitsprinzip).[1)]

Daher kann in diesem Zusammenhang nicht von allgemeiner und besonderer Rechtsvorschrift gesprochen werden, vielmehr enthalten beide Gesetze Spezialregelungen für bestimmte Bereiche des Wettbewerbsrechts, die eng verzahnt sind.
Auf diesem Wege kann demnach nicht begründet werden, warum die Ordnungsvorstellungen des GWB vorrangige Berücksichtigung verdienen.
Die Rechtsregel "lex posterior non derogat legi priori speciali" spricht gegen die Annahme eines gesetzlichen Vorranges.
§ 1 UWG und § 1 GWB enthalten beide Spezialregelungen, doch nicht zu gleichen, wenn auch zu verwandten Materien.

---

1) Vgl. im einzelnen z. B. Fikentscher GRUR AIT 1966, 181 ff.; Koenigs NJW 1961, 1041 ff jeweils mit weiteren Nachweisen.

Beide Gesetzesbestimmungen stehen also auf gleicher Rangebene; die Wettbewerbsfreiheit ist nur im Rahmen des lauteren Wettbewerbes gewährleistet.[1)]

Weiter darf auch nicht vergessen werden, daß der in § 1 GWB ausgesprochene Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit durch zahlreiche "Ausnahmebestimmungen" eingeschränkt ist, die die "Regel" fast überwiegen.[2)]
Die Ausnahmebestimmungen beruhen auf Anerkennung des Vorranges anderer schutzwürdiger Interessen, oder sie dienen soziologischen, wirtschafts- sowie gesellschaftspolitischen Zielen und Prinzipien.[3)]
In § 16 GWB hat der Gesetzgeber die vertikale Preisbindung anerkannt und damit diese Form der Wettbewerbsbeschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen von dem allgemeinen Verbot ausgenommen.
Diese wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers müssen die Gerichte anerkennen.[4)]
Die Rechtsprechung ist nach Art. 2o Abs. 3 GG bis zu einer etwaigen Gesetzesänderung an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden.[5)]

Es ist daher nicht zulässig, die Preisbindung als ein vom GWB nur "geduldetes" Institut anzusehen, dem der Rechtsschutz durch die Gerichte versagt werden könne und müsse.[6)]
Damit würde § 16 GWB zu einer lex imperfecta, was dem konkretisierten Willen des Gesetzgebers widerspricht.[7)]

---

1) Ausschußbericht S. 7; Spengler DB 1965,21; ähnlich Fikentscher GRUR AIT 1966, 181, 182, 185 m.N.; Koenigs NJW 1961, 1o41, 1o42.
2) So m. R. Lieberknecht Anm. GRUR 1962,425.
3) Lieberknecht aaO.
4) BGH NJW 1967, 343,351 (Schallplatten); OLG Koblenz WRP 1964, 94, 98; Gleiss/Hootz Anm. NJW 1963, 15o5.
5) BGH aaO m.N.; OLG Koblenz aaO, S. 1o1 f.; OLG Oldenburg MA 1963, 2oo, 2o5 f.; Völp MA 1964, 12, 2o; Sasse S. 5o m. w.N. in Anm. 14o.
6) So aber z.B. Plaßmann JZ 1962, 463,47o; ähnlich Merkel NJW 1961, 1751,1755; OLG Frankfurt NJW 1963, 1622,1624, 1625.
7) Vgl. Paul NJW 1964, 129, 132; Sasse S. 47; ähnlich OLG Koblenz aaO, S. 1o1; Gleiss/Hootz aaO; Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 88 f.; Schwartz (GK) §16,89 (S.47); Baumbach-Hefermehl § 1, 386; Gleiss NJW 1961,21oo,21o1.

Dem Gesetzgeber war die jahrzehntelange Rechtsprechung zur Ausnutzung fremden Vertragsbruches bekannt. Nichts deutet darauf hin, daß er durch Einführung des GWB abweichendes Recht schaffen wollte.[1]

Durch Änderungsgesetz zum GWB vom 15. September 1965 hat der Gesetzgeber konkludent den Willen bekundet, die Preisbindung aufrechtzuerhalten. Damit ist in den nicht veränderten Punkten der Rechtszustand vom 2. Juli 1957 (Inkrafttreten des GWB) bestätigt worden, wie er sich nach der vorherrschend vertretenen Auslegung darstellt.[2]

Der Gesetzgeber hat in § 17 GWB die Eingriffsbefugnis und die Mißbrauchsaufsicht bewußt dem Bundeskartellamt zugewiesen. Richter und Außenseiter sollten gerade nicht die Möglichkeit und erst recht nicht die Befugnis erhalten, sich über die Preisbindung hinwegzusetzen. Beide können nämlich aus ihrem Blickwinkel die wirtschaftspolitischen Auswirkungen nicht übersehen. Auch fehlt es in den einzelnen Verfahren, besonders bei einstweiligen Verfügungen, an der Zeit für genaue Ermittlungen.[3]

Bei unangemessen hohen Endabnehmerpreisen kann daher gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB nur das Bundeskartellamt einschreiten.[4] Die Eingriffsbefugnis ist durch die Vermutung in § 17 Abs. 1 S. 2 wesentlich erleichtert worden.

Die These von Merkel, das Außenseiterverhalten sei nicht sittenwidrig, da bei der Auslegung des § 1 UWG die Ordnungsvorstellungen des § 1GWB berücksichtigt werden müßten, erweist sich damit als nicht richtig.

---

1) So m.R. Sasse S. 47, 52/53; ähnlich Schwartz(GK) § 16, 89 (S. 472,473); Koenigs NJW 1961, 1041, 1045; Gleiss NJW 1961, 2100,2101; Das gibt auch Merkel (NJW 1962, 1545,1547) zu, wenn er das Schweigen des Gesetzgebers als die "Respektierung einer herkömmlich fremden Kompetenz" ansieht.

2) Beschränkung der Änderung auf wenige Punkte bestätigt die übrigen; vgl. im einzelnen BGH NJW 1967,343,351.

Sie würde auch zu dem erstaunlichen Ergebnis führen, daß durch die an § 1 GWB orientierte Auslegung des § 1 UWG eine andere Bestimmung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich § 16 GWB, aus den Angeln gehoben würde, was Sinn und Zweck des GWB nicht entsprechen kann.[1]

(c) Wandel der sittlichen Anschauungen

Es ist anerkannt, daß der Begriff der "guten Sitten" dem geschichtlichen Wandel der Anschauungen unterworfen ist.[2] Inhalt und Grenzen des Unwerturteils werden weitgehend durch Zeitumstände, soziale Notwendigkeiten, wirtschaftliche Verhältnisse, allgemeine Wirtschaftspolitik u.dgl. bestimmt.[3]
Dies gilt im besonderen Maße für den Bereich des Wettbewerbsrechts und damit für die Auslegung des § 1 UWG.[4] Daher dürfen sich die Gerichte nicht auf ein bestimmtes Wertsystem festlegen; vielmehr muß die übernommene Wertordnung ständig an die gewandelten Auffassungen von Sitte und Sittlichkeit angepaßt werden.[5]
Zur Begründung des Unwerturteils darf somit eine frühere Rechtsprechung nicht ohne weiteres übernommen werden, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse inzwischen gewandelt haben.[6]

---

2) Auf diese Gesichtspunkte weist Völp MA 1964, 12,2o m. R. hin.
3) Das Gericht oder der Außenseiter können eine Prüfung des Bundeskartellamtes anregen; der gebundene Händler kann diese sogar beantragen.

---

1) Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 89; ähnlich Reimer GRUR AIT 1966, 565, 57o.
2) Droste WRP 1965, 35, 38; Sasse S. 53 m.N.
3) Vgl. z. B. Droste aaO.
4) Darauf weist das LG Osnabrück BB 1962, 1o58 m. R. hin.
5) Rinck S. 16o.
6) LG Osnabrück aaO.

Unter Berufung auf die geltende Wirtschaftsordnung, nach der die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit des einzelnen im Vordergrund steht,[1] *behaupten einige, daß nach Anschauung des heutigen Durchschnittsgewerbetreibenden Ausnutzung fremden Vertragsbruches und nachfolgende Preisunterbietung des Außenseiters nicht sittenwidrig seien.*[2]

Demgegenüber geht der Bundesgerichtshof [3] *und die herrschende Meinung* [4] *mit Recht davon aus, daß das Geschäftsgebaren des Außenseiters gegen einen allgemeinen -auch heute anerkannten- wettbewerbsrechtlichen Grundsatz verstößt. Es ist sittenwidrig, einen durch Ausnutzung von (Rechts- oder) Vertragsbrüchen erlangten Wettbewerbsvorsprung zum Nachteil der (rechts- bzw.) vertragstreuen Mitbewerber auszunutzen.*

Die Tätigkeit des Kaufmannes beruht mehr als die irgendeines anderen Berufsstandes auf dem Abschluß und der Einhaltung von Verträgen. Der anständige Kaufmann verdient seinen Lebensunterhalt vornehmlich durch Beachtung , Wahrnehmung und Erfüllung vertraglicher Rechte und Pflichten.[5] *Daher erscheint es als Sittenverstoß, wenn der Außenseiter, der selbst Kaufmann ist, nach Ausnutzung fremden Vertragsbruches unter Spekulierung auf die Vertragstreue der gebundenen Mitbewerber -aber ohne Einsatz einer eigenen Leistung- das Preisbindungssystem durch Preisschleudereien mißbraucht und dadurch durchlöchert.*[6]

---

1) Art 2 (1), 12 (1) GG; §§ 1, 15 GWB.
2) OLG Frankfurt NJW 1963, 1622, 1623/1624; 2127, 2128; LG Osnabrück BB 1962, 1058; Merkel NJW 1962, 1545 ff., besonders 1547; 1961, 1751, 1753 f.; ähnlich Plaßmann JZ 1962, 463, 464 f., 468 ff.; Anklänge bei Langen § 16, 161 ff., 166; Wiemer GRUR 1964, 128, 129; Fikentscher GRUR AIT 1966, 181, 185 ff.
3) NJW 1964, 917, 918 (Maggi), st. Rspr.
4) OLG Koblenz WRP 1964, 94, 100, 101; Reimer GRUR AIT 1966, 565, 570; ähnlich Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 86, 88; Schwartz (GK) § 16, 89 (S. 473); Baumbach-Hefermehl § 1, 418 m.N., 421; Sasse S. 53 f.

Das Bestehen abweichender Anschauungen ist in unserer heutigen Gesellschaftsform unvermeidlich.[1] Das Unwerturteil erscheint jedoch als Ansicht "aller billig und gerecht Denkenden" [2].

Für die Richtigkeit des Ergebnisses spricht, daß die weit überwiegende Mehrzahl aller Marktbeteiligten die Aufrechterhaltung der Preisbindungen bejaht und damit die Forderung nach einem wirksamen Rechtsschutz für Preisbindungssysteme erhebt.[3]

(5) Interessenabwägung

Um dieses Ergebnis zu stützen, sollen die Interessen der einzelnen Marktbeteiligten aufgezeigt und gegeneinander abgewogen werden.
Die Wettbewerbshandlung des Außenseiters ist unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen nur dann als unlauter anzusehen, wenn nach der Rechtsordnung die Interessen von Außenseiter und Verbraucher geringer zu bewerten sind als die durch die Preisunterbietungen beeinträchtigten Interessen der übrigen Marktbeteiligten.[4]

---

5) OLG Koblenz aaO, S. 101; Sasse aaO.
6) Dies kann sowohl als Anschauung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden als auch der Allgemeinheit angesehen werden. Eine streng logische und gedanklich zwingende Beweisführung ist bei diesem Werturteil nicht möglich (OLG Koblenz aaO, S. 100). Meinungsumfragen, die zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit geeignet wären (vgl. dazu im einzelnen Droste WRP 1966, 323, 327 ff.), liegen nicht im ausreichenden Maße vor.

1) Droste WRP 1965, 35, 39.
2) Diese Formel wird seit RGZ 48/114, 124 f. (11. 4. 1904) ständig in Rspr und Lehre zur Umschreibung der Sittenwidrigkeit verwendet und ergibt sich bereits aus den Motiven zum BGB (vgl. im einzelnen Rinck S. 160 f., 165 ff.).
3) Nachweise oben S. 41 in Anm. 3 .
4) Treffen verschiedene Interessen aufeinander, so läßt sich die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung häufig nur auf Grund einer bes. Interessenabwägung feststellen. Jedenfalls kann durch Aufzeigen der bestehenden Inter-

(a) Außenseiter

Der Außenseiter beruft sich darauf, er dürfe die Preise seiner Waren frei kalkulieren. Die Preisunterbietung erfolge, weil er mit einer geringeren Verdienstspanne auskomme. Durch den erheblich ansteigenden Umsatz der Markenware und meist auch der übrigen Artikel des Sortiments verdient der Außenseiter gut.

Seine Umsatzsteigerung beruht allerdings vornehmlich auf der Irreführung von Kunden und der Ausbeutung fremder Leistungen. Dies widerspricht dem anzuerkennenden Leistungsprinzip [1] und ist nicht schutzwürdig.[2]

(b) Verbraucher

Die Verbraucher sind daran interessiert, Qualitätswaren möglichst preiswert einzukaufen.
Die Masse der Verbraucher kann aus Mangel an Zeit, Überblick oder Gelegenheit die billigen Einkaufsmöglichkeiten bei Außenseitern nicht ausnutzen.
Auch ist es möglich, daß die Schleuderverkäufe zum Zusammenbruch der Preisbindung oder zu einer Störung der Versorgung mit dieser Markenware führen.
Diese Erwägungen lassen es gerechtfertigt erscheinen, das Interesse des verständigen Durchschnittsverbrauchers an den Unterpreisverkäufen einzelner Markenwaren durch Außenseiter nicht zu überschätzen.

---

essengegensätze das Unwerturteil sachlich überprüft werden. Vgl. im einzelnen zur Interessenabwägung Kraft S. 119ff, 124 ff., 175 ff., 209 ff.; ähnlich BGHZ 23, 365, 371; 28, 54, 59 f.

1) Im einzelnen vgl. oben S. 60-63.
2) Kraft S. 216, 252 f.; ähnlich Hubmann § 49 IV 2 (S. 243 f.).

(c) Vertragsbrüchige Großhändler

Unter Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtungen wollen die Großhändler auch weiterhin mit den Außenseitern gewinnbringend zusammenarbeiten.

Zu Wettbewerbszwecken Vorteile aus dem eigenen Vertragsbruch zu ziehen, ist sittenwidrig.

Dieses Unwerturteil wird bestätigt, wenn man das Verhalten des Großhändlers genauer betrachtet.
Um die Markenware weiterbeziehen zu können, muß er bei den verschiedensten Gelegenheiten, z. B. bei Vertreterbesuchen, Kontrollen, Nachbestellungen usf., der Wahrheit zuwider die Einhaltung der Preisbindung behaupten und unter Umständen sogar falsche eidesstattliche Versicherungen abgeben.[1)]

Das Interesse an der Fortsetzung dieses sittenwidrigen Verhaltens ist nicht schutzwürdig.

(d) Gebundene Mitbewerber

Der Außenseiter spekuliert auf die Vertragstreue seiner Mitbewerber und entzieht diesen durch erhebliche Unterbietung des gebundenen Festpreises Kunden.
Dürften die Händler in die Preise des Außenseiters eintreten, wäre der Umsatzverlust in der Regel nur geringfügig.
Um Vertragstreue und Lauterkeit im Handelsverkehr aufrechtzuerhalten, verdienen die gebundenen Händler Schutz gegen dieses Vorgehen der Außenseiter.
Der Grundsatz "pacta sunt servanda" ist eine notwendige Grundlage der Rechtsordnung.

(e) Preisbindende Hersteller

Durch Unterbietung des vorgeschriebenen Festpreises wird das Preisbindungssystem durchlöchert und möglicherweise in seinem Bestand gefährdet.

---

1) Vgl. im einzelnen Sasse S. 57; ähnl. Rasor/Schiedermair NJW 1963, 85, 86.

Außerdem wird der vom Hersteller geschaffene good will der Marke durch die Preisunterbietungen beeinträchtigt.

Aus diesem Grunde besteht ein Interesse des Herstellers an der Verhinderung der Unterpreisverkäufe.
Durch Anerkennung der vertikalen Preisbindung in § 16 GWB hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß das Interesse an der Aufrechterhaltung des Preisbindungssystems gegenüber der uneingeschränkten Wettbewerbsfreiheit den Vorrang haben soll.
Das Interesse des Preisbinders ist daher schutzwürdig.

(f) Allgemeinheit

Die Allgemeinheit ist daran interessiert, daß das Leistungsprinzip eingehalten wird und der Wettbewerb in geordneten Bahnen abläuft, da sich nur dann der leistungsfähigste Wettbewerber durchsetzen kann.
Die Behauptung, daß die uneingeschränkte Wettbewerbsfreiheit diesem Ziel besser gerecht werde, kann als widerlegt gelten.[1)]

Da das Verhalten des Außenseiters dem Leistungsprinzip widerspricht, kann man sagen, daß die Verhinderung dieser Preisunterbietungen dem Interesse der Allgemeinheit entspricht.
Außerdem trägt die Preisbindung zur Erhaltung vieler selbständiger Wettbewerber auf der Hersteller- und Handelsstufe bei.
Diese Funktion der Preisbindung ist gesamtwirtschaftlich und wirtschaftspolitisch bedeutsam.
Auch aus diesem Grunde liegt die Verhinderung der Unterpreisverkäufe im Interesse der Allgemeinheit.

---

1) In GWB und UWG sowie in Art. 2 (1) und 14 (2) GG hat der Gesetzgeber die schrankenlose Wettbewerbsfreiheit abgelehnt. Lehre und Rspr haben sich überwiegend zustimmend geäußert; Baumbach-Hefermehl Einl. GWB, 1 ff., Allg., 58ff.; Hubmann § 6 V (S. 61); ähnlich Sasse S. 58.

(g) Zusammenfassung

Die Preisunterbietung des Außenseiters verstößt gegen schutzwürdige Interessen des preisbindenden Herstellers, der gebundenen Mitbewerber und der Allgemeinheit.
Der Außenseiter kann sich zur Rechtfertigung seines Verhaltens nicht auf schutzwürdige Interessen berufen.

Die Interessenabwägung bestätigt demnach das Unwerturteil über das Vorgehen des Außenseiters.

(6) Ausländisches Recht [1]

Nun soll noch kurz dargestellt werden, wie einige westliche Industrieländer die Außenseiter-Frage entscheiden.

Auf dem Sektor des Wettbewerbsrechts ist ein Vergleich mit ausländischen Rechten allerdings nur von höchst fraglichem Wert, da Wirtschaftssysteme und Rechtsvorschriften recht verschiedenartig ausgestaltet sind. Zudem ist die Anschauung der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit nicht überall gleich.

(a) Frankreich
In Frankreich ist die vertikale Preisbindung seit dem 9. August 1953 verboten; es können befristete Ausnahmegenehmigungen erteilt werden.[2]
Ist die Preisbindung genehmigt, so besteht Einigkeit, daß der Außenseiter die Festpreise[3] einhalten oder Schadensersatz zahlen muß.
Dieses Ergebnis wird entweder aus dem ausschließlichen Recht an der Marke[4] oder der Ausnutzung fremden Vertragsbruches in Kenntnis der Preisbindung[5] hergeleitet.

---

1) Vgl. Bericht über Änderungen des GWB, BT-Drucks. IV/617 vom 22. 8. 1962, Anlage 1, S. 42-46 (zit. Bericht); Basson MA 1962, 442-455; Reimer GRUR AIT 1966, 509-522; 565-572; Schütte S. 22-35, 103, 188/189; Österr. OGH GRUR AIT 1959, 243, 244-247; OLG Frankfurt NJW 1963, 1622-1623.
2) Bericht S. 43.
3) Die gebundenen Preise dürfen um 3-6 o/o unterschritten werden; Bericht S. 43; Basson aaO, S. 444.

(b) Belgien

Die vertikale Preisbindung ist zugelassen, sie unterliegt allerdings in bestimmten Umfang der Mißbrauchsaufsicht.[1)]
Die Bindung des Außenseiters wird bei Lückenlosigkeit des Systems überwiegend bejaht.
Die Begründungen stützen sich auf die bewußte Ausnutzung fremden Vertragsbruches[2)] oder auf das Recht an der Marke, das Eigentum an der Ware, bzw. das Recht am Unternehmen.[3)]

(c) Niederlande

Zugelassen und einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt ist die Preisbindung ebenfalls in den Niederlanden.[4)]
Die Unterbietung lückenlos festgesetzter Preise von Markenwaren unter Ausnutzung fremden Vertragsbruches wird überwiegend als sittenwidrig angesehen.[5)]

(d) Italien

In Italien bestehen für Preisbindungen keine gesetzlichen Beschränkungen; sie sind aber nur in einigen wenigen Branchen üblich.[6)]
Der Außenseiter ist nicht verpflichtet die Vertragsbindung seines Vormannes zu respektieren.[7)]
Die Ausnutzung fremden Vertragsbruches durch den Außenseiter wird nur bei Vorliegen besonderer Umstände als unlauterer Wettbewerb angesehen[8)], so z.B. wenn der Außenseiter seinen Einkaufspreis unterschreitet.[9)]

---

4) N. bei Reimer aaO, S. 565 Anm. 1o8, 567 Anm. 128.
5) N. bei Reimer aaO, S. 568 Anm. 142.

---

1) Bericht S. 43.
2) N. bei Reimer aaO, S. 567 Anm. 123-125 (beachte aber die N. in Anm. 126,127), 568 Anm.143,144; Schütte S. 28; Cour d'appel Brüssel GRUR AIT 1958, 424 m.N.
3) N. bei Reimer aaO, S.566 Anm. 11o,112,114.
4) Bericht S. 44.
5) N. bei Schütte S. 3o; Reimer aaO, S. 57o,571 Anm.166-17a
6) Bericht S. 43.
7) Tribunale Milano GRUR AIT 1957, S. 39 (Nr.1oo);w.N. der Rspr bei Reimer aaO, S. 567 Anm. 132; OLG Frankfurt aaO, S. 1623.

(e) Österreich

Die Preisbindung ist in Österreich zwar allgemein zugelassen, aber seit der dritten Kartellgesetznovelle (Neufassung vom 1o. November 1959) ist sie fast prohibitiv wirkenden Beschränkungen unterworfen.[1]
Preisunterbietung unter Ausnutzung fremden Vertragsbruches wird nur bei Vorliegen zusätzlicher Umstände als sittenwidrig angesehen.
Als Begründung wird angeführt, der Außenseiter sei nicht verpflichtet, fremde Preisvereinbarungen zu respektieren, da die Freiheit der eigenen Preiskalkulation vorgehe.[2]

Die Frage der Bindung von Außenseitern spielt heute praktisch keine Rolle mehr, da nur noch sehr wenige Preisbindungen angemeldet sind.[3]

(f) Schweiz

In der Schweiz ist die vertikale Preisbindung zugelassen.[4]
Jedoch besteht auch bei Preisunterbietung unter Ausnutzung fremden Vertragsbruches keine Haftung des Außenseiters, es sei denn, daß zusätzliche, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände vorliegen.[5]
Die Begründung hierfür wird hauptsächlich in dem Recht des einzelnen auf freie Berufsausübung gesehen.

---

8) N. bei Reimer aaO, S. 571 Anm. 171, 172; Österr. OGH aaO, S. 246.
9) Basson aaO, S. 447 m.N.

---

1) Bericht S. 45.
2) Österr. OGH aaO, S. 25o ff. unter ausdrücklicher Abkehr von der im Jahre 1929 übernommenen deutschen Rechtspraxis.
In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall ging es nur um eine unverbindliche Preisempfehlung.
3) Bericht S. 45; Schütte S. 33. *4) Bericht S. 45.*
5) Schweiz. BGE 52 II 37o, 376 ff., 38o ff; 86 II 1o8, 112 ff., bes. 113 m.N.; v. Büren Art. 1 Abs. 1, C III, 2c,cc(S.6o/61).

(g) Dänemark

Zwar ist die vertikale Preisbindung nicht ausdrücklich verboten, aber die Durchsetzung von Mindestpreisen und Mindesthandelsspannen mit rechtlichen oder wirtschaftlichen Mitteln ist untersagt.[1]
Wenn wichtige Gründe dafür sprechen, kann die Monopolüberwachungsbehörde Preisvereinbarungen genehmigen.[2]
Die Wirkung genehmigter Preisbindungen erstreckt sich nicht auf Außenseiter; andernfalls hätte es in § 1o Monopolgesetz vorgesehen sein müssen.[3]

(h) Schweden, Norwegen

In Schweden ist die vertikale Preisbindung seit dem 25. September 1953 und in Norwegen seit dem 18. Oktober 1957 verboten; Ausnahmegenehmigungen sind möglich, aber selten.[4]

Im allgemeinen halten sich die Händler an die zugelassenen unverbindlichen Preisempfehlungen[5], so daß die "Bindung" der Außenseiter regelmäßig kein Problem ist.

(i) Großbritannien

Durch den Resale Prices Act vom 16. Juli 1964 ist die vertikale Preisbindung grundsätzlich verboten worden; sie kann aber zugelassen werden, wenn als Folge des Verbots eine Verminderung der Verkaufsstellen oder eine Beeinträchtigung der Handelsleistungen eintreten würde.[6]
Eine große Zahl von Herstellern haben Ausnahmeanträge gestellt.[7]

---

1) Bericht S. 44.
2) Bericht S. 44/45; Basson aaO, S, 443.
3) Österr. OGH aaO, S.244/245; Bericht S. 45.
4) Bericht S. 44; Basson aaO, S. 449, 451 f.
5) Vgl. Schütte S. 31 m.N.
6) Vgl. WUW 1964, 942 ff. und MA 1965, 84o.
7) MA 1965, 84o.

Ist die Preisbindung zugelassen , besteht nach dem Restrictive Trade Practices Act vom 2. August 1956 ein Anspruch auf Preiseinhaltung auch gegenüber Außenseitern, die beim Erwerb der Ware die Bindung kannten.[1)]

(k) USA

In den Vereinigten Staaten ist die Rechtslage je nach dem Recht der Einzelstaaten im einzelnen unterschiedlich.[2)] Gegenwärtig bestehen in 43 der 5o Einzelstaaten der USA Fair-Trade-Acts, die die vertikale Preisbindung für zulässig erklären; in den restlichen 7 Staaten ist die Preisbindung als "restraint of trade or commerce" verboten.[3)]

In 26 der 43 "fair-trade-Staaten" enthält das jeweilige Gesetz die "non-signer-clause"[4)], d. h. die Bindung des Außenseiters, wenn auch nur ein einziger Vertrag besteht. In den restlichen 17 Staaten sind diese Klauseln durch Urteile staatlicher Gerichte für ungesetzlich erklärt worden.[5)]

Diese unübersichtliche Rechtslage kann demnächst u.U. durch ein Bundesgesetz vereinheitlicht werden, das auf dem Umweg über das Warenzeichen die vertikale Preisbindung in allen Einzelstaaten schützt.[6)]

---

1) Part II Section 25 (Übersetzung WUW 1956, 818,832); vgl. auch Schütte S. 26; Basson aaO, S. 446. Diese gesetzliche Regelung widerspricht dem seit 1835 in der englischen Rechtsprechung geltenden Grundsatz: "conditions do not run with goods".

2) Vgl. im einzelnen z. B. Bericht S. 45; Schütte S.22-26; Basson aaO, S. 452-455; Völp S. 1-12.

3) Durch die Fair-Trade-Acts der Einzelstaaten und durch das Miller Tydings Amendment vom 17. August 1937(Public-Law No. 314, 75th Congress, 1937) werden Preisbindungsverträge in diesen Staaten und für den zwischenstaatl. Verkehr -unter Außerkraftsetzung des ursprünglich geltenden Verbots im Sherman-Anti-Trust-Act von 1890- zugelassen.

4) Durch den Mc Guire-Act vom 14. Juli 1952 (Public Law No. 542, 82nd Congress , 1952) wurden die sog. non-signer-Klauseln auch für Preisbindungen im Verkehr zwischen den Einzelstaaten zugelassen.

5) Bericht S. 45; Basson aaO, S. 455.

6) Ein entsprechender Gesetzentwurf (Quality Stabilization Bill 1963) liegt vor;vgl. im einzelnen Müller S.5o ff.

(l) Spanien

In Spanien ist die vertikale Preisbindung zugelassen. Ist die Markenware mit einem eingetragenen Warenzeichen versehen, so ist der Verkauf unter dem vom Hersteller festgesetzten Preis strafbar.[1)]

(m) Zusammenfassung.

Zur Frage der Bindung von Außenseitern bestehen im einzelnen recht unterschiedliche Regelungen und Auffassungen

Man wird jedoch sagen können, daß überwiegend das Vorgehen des Außenseiters erst bei Vorliegen besonderer Umstände als sittenwidrig gewertet wird.

In den Ländern, in denen die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems als notwendige Voraussetzung für die Durchsetzung des Festpreises angesehen wird, wertet man als sittenwidrige Umstände überwiegend bereits den Gesamttatbestand , der bei Preisunterbietung unter Ausnutzung fremden Vertragsbruches besteht.[2)]

Verlangt die Rechtsprechung für das Vorgehen gegen die vertraglich gebundenen Händler kein lückenloses System, so fordert man, um gegen den Außenseiter vorgehen zu können, zusätzliche sittenwidrige Umstände.[3)]

Schließlich gibt es einige Länder, in denen die Bindung des Außenseiters gesetzlich angeordnet ist.[4)]

---

1) Schütte S. 103.
2) So im deutschen (vgl. N. oben S. 76 Anm. 1,2) sowie im belgischen und niederländischen Recht (vgl. oben S. 89 Anm. 2,5).
Diese Konsequenz ist notwendig, weil die Zulassung von Preisbindungen andernfalls nur auf dem Papier stehen würde.
3) Diese Anschauung besteht in Italien, der Schweiz und ähnlich in Österreich (vgl. die N. oben S. 89 Anm. 7,8 S. 90 Anm. 1,5).
Die verschärften Anforderungen an die Bindung der Außenseiter sind verständlich und zulässig, weil der Bestand des Systems und dessen Durchsetzung nicht von der Lückenlosigkeit abhängt.

Um das Bild abzurunden, erscheint es angebracht, auf die gesetzliche Regelung der Lockvogelangebote hinzuweisen. Vorschriften zur Erschwerung oder Ausschaltung von Lockvogelwettbewerb bestehen vor allem in den Ländern, wo die Preisbindung für Markenwaren verboten [1], ihre einheitliche Durchführung erschwert [2] oder sie nur ausnahmsweise [3] zugelassen ist.[4] Hieraus wird deutlich, daß zumindest der Lockvogelwettbewerb der Außenseiter allgemein als wettbewerbswidrig und wirtschaftsschädlich angesehen wird. Bei Lockvogelangeboten haftet der Außenseiter entweder wegen Verstoßes gegen die Regeln des lauteren Wettbewerbs [5] oder wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften.[6]

(7) Ergebnis

Nach Abwägung der betroffenen Interessen und Durchsicht des ausländischen Rechts an Hand deutschsprachiger Quellen ist somit festzustellen:

Unterpreisverkäufe des Außenseiters bei preisgebundenen Markenwaren sind wettbewerbswidrig und unlauter, wenn sie unter bewußter Ausnutzung fremden Vertragsbruches erfolgen. [7]

---

4) Vgl. die Regelung in den Vereinigten Staaten, falls die Fair-Trade-Acts sog. non-signer-Klauseln enthalten, in Großbritannien und Spanien (N. oben S. 92 Anm. 1,2; S. 93 Anm. 1).

1) Z.B. Frankreich, Kanada, Skandinavien.
2) Vereinigte Staaten.
3) Großbritannien.
4) Vgl. im einzelnen Martino MA 1965, 285, 29o.
5) So in den meisten Ländern, in denen die Preisbindung zugelassen ist.
6) So in den meisten Ländern, in denen die vertikale Preisbindung verboten oder wesentlich erschwert ist.
7) Dieses Ergebnis entspricht der gesetzgeberischen Wertung in § 16 GWB und ist sowohl vom Kartellsenat (BGH NJW 1962, 11o5 - Selbstbedienungsgroßhändler) als auch vom Wettbewerbssenat (BGH NJW 1964, 917 - Maggi) des Bundesgerichtshofes bestätigt worden.

d) Subjektive Voraussetzungen des § 1 UWG

Zum subjektiven Tatbestand des § 1 UWG ist Wettbewerbsabsicht des Außenseiters nötig, die beim Vorliegen der objektiven Voraussetzungen vermutet wird.[1]
Weiter ist Kenntnis sämtlicher tatsächlicher Umstände nötig, die bei objektiver Würdigung das Verhalten als unlauter erscheinen lassen, was der Außenseiter hätte erkennen können und müssen.[2]

Für die Unterlassungsklage tritt die Bedeutung der subjektiven Erfordernisse zurück, da die Klage sich gegen zukünftiges, wettbewerbswidriges Verhalten richtet und der Außenseiter im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gewöhnlich die nötige Tatsachenkenntnis erworben hat.[3]

e) Sonstige Voraussetzungen für den Rechtsschutz

Für den Rechtsschutz ist weiter notwendig, daß das Preisbindungssystem theoretisch lückenlos eingeführt und praktisch lückenlos durchgesetzt ist.
Hierbei ist im Ergebnis meist unerheblich, ob die Lückenlosigkeit -wie hier- als kartellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Preisbindung oder nur als Voraussetzung für die wirksame Durchsetzung des Festpreises (Rechtsschutzvoraussetzung) angesehen wird.
Weist der Hersteller der Markenware nach, daß er alle Abnehmer gedanklich lückenlos gebunden hat, die Durchführung der Preisbindung laufend überwacht und ihm bekannt werdende Verstöße unverzüglich verfolgt, so wird vermutet, daß das Preisbindungssystem tatsächlich lückenlos ist und daher der Erwerb der Markenware unredlich gewesen sein muß.

1) H.M.; Baumbach-Hefermehl UWG Einl., 156 ff.;Sasse S.68.
2) H.M.; Baumbach-Hefermehl UWG Einl., 77 ff., 82 f.;§ 1, 416, 419; im einzelnen siehe Sasse S. 69 f. m.N.; May S. 53-63 m.N. Verlangt wird also Wissen, bzw. bedingter Vorsatz entweder hinsichtlich des lückenlosen Preisbindungssystems oder der konkreten Bindung seines Lieferanten. Die allg. Kenntnis von der Preisbindung ist nach Lebenserfahrung zu vermuten(Müller S. 255 m.N. in Anm. 597; Baumbach-Hefermehl § 1, 419).

Neben dieser beweisrechtlichen Bedeutung kommt der Lückenlosigkeit auch sachlich-rechtliche Wirkung zu, da nur bei konformer Wettbewerbslage von den Außenseitern und den gebundenen Händlern verlangt werden kann, daß sie den vorgeschriebenen Festpreis einhalten.

3) Preisunterbietung als Eingriff in das Recht am Unternehmen (§ 823 BGB)

a) Eingriff

Seit dem Constanze-Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26. Oktober 1951 [1] hat sich allgemein die Auffassung durchgesetzt, daß nicht nur der Bestand des Unternehmens sondern auch alle Ausstrahlungen der gewerblichen Tätigkeit vor widerrechtlichen Beeinträchtigungen zu schützen sind.[2]
Das Unternehmen eines preisbindenden Herstellers umfaßt Produktion und Vertrieb; über deren Ausgestaltung kann er frei entscheiden.[3] Die Errichtung eines Preisbindungssystems gehört als grundlegende Regelung des Vertriebs, die auch für Planung und Durchführung der Produktion von erheblicher Bedeutung ist, zum Tätigkeitskreis des Unternehmers und damit zum Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[4]
Durch die Preisunterbietung des Außenseiters wird die Lückenlosigkeit des Systems beeinträchtigt und u. U. der Bestand der Preisbindung gefährdet, da deren Wirksamkeit von der ständig lückenlosen Durchsetzung abhängig ist.

---

3) BGHZ 37, 3o, 37 (Selbstbedienungsgroßhandel); Baumbach-Hefermehl § 1, 416.

1) BGHZ 3, 27o, 279 ff.
2) BGHZ 8, 142, 144; 29, 65, 67 ff., 69, st. Rspr; OLG Köln NJW 1961, 835; OLG Stuttgart MA 1962, 189; OLG Düsseldorf DB 1964, 543; v. Caemmerer (II) S.49,86 m.N.
3) BGH und BKartA haben wiederholt bestätigt, daß der Hersteller frei entscheiden kann, wie er den Vertrieb

Die Unterbietung des Festpreises stellt somit einen Eingriff in den Gewerbetrieb des Preisbinders dar.[1]

Ob diese Beeinträchtigung widerrechtlich ist, hängt von der Lückenlosigkeit des Systems, dem Vorgehen des Außenseiters und vielen anderen Elementen ab.
Diese können jedoch erst dann im einzelnen untersucht werden, wenn geklärt ist, nach welcher gesetzlichen Vorschrift dem Preisbinder Rechtsschutz gewährt werden kann.

b) Schutz des Rechts am Unternehmen

Nach überwiegender Meinung [2] wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i. S. von § 823 Abs. 1 BGB angesehen.

Gegen diese Einordnung bestehen erhebliche Bedenken.[3]

Unter "sonstigen Rechten" versteht § 823 Abs. 1 BGB nur absolute, d.h. grundsätzlich von jedermann zu beachtende und gegen jedermann durchsetzbare Rechte.[4]

---

seiner Erzeugnisse gestalten will (für die Produktion ist das selbstverständlich); BGH WUW/E BGH231, 233; 502, 508; BKartA WUW/E BKartA 383, 384; 397 ff.; 497, 500.
4) Paul NJW 1964, 129, 131; Schmidt DB 1962, 429;Sasse S. 7/8.

---

1) Ein widerrechtlicher, unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb des Preisbinders wird überwiegend bejaht; OLG Düsseldorf BB 1964, 938; DB 1964, 543; 1963, 1180 f.; OLG Köln NJW 1961, 835 f.; OLG Stuttgart MA 1962, 189; LG Frankfurt MA 1961, 802; LG Hamburg MA 1966, 29; Lieberknecht NJW 1963, 609, 610 m.N.; Tetzner JZ 1964, 414, 415; Schramm JZ 1963, 271 f.; Gleiss MA 1961, 152 f.; Ohl GRUR 1961, 521, 524; Basson MA 1960, 408 f.; Sasse S. 7 f.m.N.; Paul aaO; eingehend Schütte S. 143 ff.; zweifelnd OLG Hamm BB 1963, 790, 791; Langen § 16, 168, 169 m.N.; a.A. Plaßmann JZ 1963, 273 f. Die meisten Entscheidungen sowie Literaturstellen befassen sich mit diesem Problem bei Untersuchung der Zuständigkeit (§§ 32 ZPO, 24 UWG).
2) RGZ 58/24,29 f.; 163/ 21,32; BGHZ 3, 270, 278 ff.; 38, 200, 202 ff., 204, st. Rspr; Schütte S. 142 m.N.
3) Im einzelnen siehe v. Caemmerer (II) S. 49, 89 f.; Deutsch JZ 1963, 385 ff., bes. 387; Larenz(II) § 66Id.
4) H.M.; Soergel-Siebert-Schräder § 823, 36 m.N. Da Leben Körper, Gesundheit und Freiheit Lebensgüter und keine Rechte sind, ist durch den Begriff "sonstiges Recht" auf das Eigentum (einziges aufgezähltes Recht) Bezug genommen.

Das Recht am Unternehmen ist kein absolutes Recht, sondern ein Sammelbegriff, eine "partielle Generalklausel".[1] Dies zeigt sich u.a. daran, daß alle Merkmale sonstiger Herrschaftsrechte fehlen. Es kann nicht (allein) übertragen, ge- oder verpfändet werden, auch ist ein Verzicht auf diese Rechtsposition nicht möglich.[2] Von einem absoluten Recht kann nur dann gesprochen werden, wenn nur der Berechtigte das Recht nutzen und darüber verfügen darf. Da die Rechtsordnung ausschließliche und grundsätzlich unantastbare Nutzung von Unternehmen nur unter Zerstörung der Wettbewerbsordnung zuweisen könnte, fehlt dem Recht am Gewerbebetrieb jede Zuweisungsfunktion.[3] Weiter besteht auch keine "Indizwirkung" bei Eingriffen in das Recht am Unternehmen, da dieses Ausschlußrecht keine festen Grenzen hat. Die Rechtswidrigkeit muß vielmehr selbst im Kernbereich des "Rechts", d.h. bei Eingriffen in den Bestand des Gewerbebetriebes, erst durch eine eingehende Güter- und Pflichtenabwägung ermittelt werden.[4]

Der Schutz über § 823 Abs. 1 BGB wäre auch systemwidrig. Durch § 823 Abs. 1 BGB sollten nämlich nur solche Rechtsgüter geschützt werden, bei denen bereits die Erfolgsherbeiführung, d.h. die Verletzung als solche, (grundsätzlich) verboten ist.[5] Auf die Art und Weise der Verletzung sollte es nicht ankommen.[6]

---

1) v. Caemmerer (II) S. 49, 89, 90; (I) S. 333, 336, 399/400; Fikentscher (LB) § 103 II 1b (S. 566: Rahmenrecht).
2) Im einzelnen v. Caemmerer (II) S. 49, 89.
3) Im Ergebnis allgemein anerkannt; v. Caemmerer (II) S. 49, 89; (I) S. 333, 399 f.; Deutsch JZ 1963, 385, 387.
4) Allgemeine Meinung; v. Caemmerer (II) S. 49, 91; Deutsch aaO, S. 387, 389.
5) v. Caemmerer (II) S. 49, 67; Deutsch aaO, S. 385.
6) Die Art der Verletzungshandlung wird in § 823 Abs. 1 BGB daher gar nicht beschrieben.

Bei Beeinträchtigung des Rechts am Unternehmen durch Wettbewerbsverstöße ist nicht der Erfolg, sondern nur bestimmte Verhaltensweisen, d.h. die Art und Weise der Verletzung verboten. Die Schädigung als solche ist Wesensmerkmal des freien Wettbewerbes und daher wertneutral. Das gleiche Bild zeigt sich auch bei allen anderen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen. Entscheidend sind nicht die beeinträchtigten Interessen des Unternehmers sondern die Formen des Eingriffs.
Alle zum Recht am Gewerbebetrieb entwickelten Grundsätze stellen letztlich Verhaltensnormen in Form von Schutzgesetzen i.S. des § 823 Abs. 2 BGB dar.[1] Dies ist verständlich, da der Schutz fester Tätigkeitsbereiche die Auslese- und Ordnungsfunktion des freien Wettbewerbes ausschalten und damit die Grundvoraussetzung für das Funktionieren der Marktwirtschaft außer Kraft setzen würde.[2] Bei Beachtung der Gesetzessystematik ist daher § 823 Abs. 2 BGB die heranzuziehende Schutznorm.[3]

Die dargestellten Bedenken gegen die Einordnung des Rechts am Unternehmen als "sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB sind auch nicht durch gewohnheitsrechtliche Bestätigung ausgeräumt.[4] Eine derartige allgemeine Rechtsüberzeugung (opinio iuris et necessitatis) hat sich nicht herausgebildet, da es von Anfang an beachtliche Gegenstimmen gab und gibt.[5] Auch erscheint es zweifelhaft, ob und in welchem Umfang eine Generalklausel gewohnheitsrechtlich geschaffen werden kann, obwohl deren Inhalt und Umfang im einzelnen noch gar nicht feststeht.[6]

---

1) Zustimmend Deutsch aaO, S. 387; ähnlich Fikentscher aaO, Ia (S. 562 ff.).
2) Deutsch aaO; Larenz (II) § 66 I d (S. 424 Mitte).
3) In Frage kommen außerdem: §§ 824, 826 BGB, 1 UWG.
4) Deutsch aaO, S. 391; ZHR 128 (1966), 363, 364/365; a. A. v. Caemmerer (II) S. 49, 89; Schütte S. 142/143 m.N.

Selbst wenn man annehmen wollte, das Recht am Gewerbebetrieb sei heute eine Generalklausel mit Normcharakter, ist damit die systemwidrige Einordnung als "sonstiges Recht" nicht gerechtfertigt.

Eine dogmatisch saubere Begründung zur Einordnung des Rechts am Unternehmen ist nur für § 823 Abs. 2 BGB möglich.[1)]
Im Wege richterlicher Rechtsfortbildung können aus § 826 BGB Schutznormen entwickelt werden, die nach ihrer gewohnheitsrechtlichen Verfestigung die Blankettnorm des § 823 Abs. 2 BGB ausfüllen.[2)]

Dies hat zwar den Nachteil, daß während einer Übergangszeit, die zur Bildung von Gewohnheitsrecht notwendig ist, Rechtsschutz nur über §§ 826 BGB, 1 UWG gewährt werden kann. Dieser Nachteil wird jedoch durch den Gewinn an Rechtssicherheit aufgewogen.
Zudem kann nur auf diesem Wege die rechtsstaatlich erwünschte Trennung von Gesetzgeber und Richter eingehalten, sowie der unerfreuliche Überraschungseffekt bei der Inanspruchnahme der Haftpflichtigen ausgeschaltet werden.

Eine gewohnheitsrechtliche Schutznorm, die Preisunterbietungen von Außenseitern bei lückenlosen Preisbindungssystemen verbietet, gibt es nicht.
Als Schutzgesetz kommt deshalb nur § 1 UWG in Frage.

Einer abschließenden Stellungnahme zum Schutz des Rechts am Unternehmen bedarf es nicht, wenn die Anwendbarkeit von § 1 UWG ohnehin alle Ansprüche aus § 823 BGB ausschließt.

---

5) Larenz (II) § 66 I d (S. 421 ff. m.N.).
6) Darauf weist Deutsch JZ 1963, 385, 391; ZHR 128 (1966), 363, 364/365 m. R. hin.

---

1) Vgl. im einzelnen Deutsch JZ 1963, 385 ff.
2) Deutsch aaO, S. 389 m.N.
Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB können Rechtsnormen jeden Ranges -also auch Gewohnheitsrecht- sein (allg. Meinung; Erman-Drees § 823, 12 a).

c) Verhälnis zu § 1UWG [1]

Als Möglichkeiten kommen in Betracht:
Anspruchskonkurrenz, Spezialität oder Subsidiarität.

Die Annahme, die Ansprüche aus § 823 BGB und § 1 UWG ständen in Anspruchskonkurrenz[2], widerspricht dem erklärten gesetzgeberischen Willen. Auf diesem Wege könnte die Sonderregelung des UWG hinsichtlich Verjährung (§ 21) und ausschließlicher Zuständigkeit (§ 24) ausgeschaltet werden.[3]
Es liegt nahe, die Vorschriften des UWG als erschöpfende Sonderregelung anzusehen (leges speciales).[4]
Das UWG kann jedoch nur insoweit vorgehen, als dort tatsächlich eine abschließende Regelung getroffen ist.
Da das Wettbewerbsrecht dauerndem Wandel unterworfen ist und die Generalklausel des § 1 UWG an den Maßstab der guten Sitten anknüpft, werden im einzelnen immer (unbewußte) Lücken auftreten, die durch Analogie oder durch Rückgriff auf das Recht am Unternehmen geschlossen werden müssen.[5]

Ob man dieses Verhältnis der Normen Spezialität oder -wie die h. M.[6]- Subsidiarität nennt, ist eine terminologische Frage.
Da der Ausdruck "Subsidiarität" dazu verführt, immer schon dann auf das Recht am Unternehmen zurückzugreifen, wenn keine konkrete Norm des UWG eingreift[7], ohne daß genau überprüft wird, ob tatsächlich eine Gesetzeslücke

---

1) Im einzelnen siehe Schütte S. 163-169; Sasse S. 8-11.
2) Hubmann § 6 III 3d (S. 6o); a.A. Baumbach-Hefermehl Allg., 115; Einl. UWG, 43.
3) BGHZ 36, 252, 257; Deutsch JZ 1963, 385, 388.
4) Schweizerisches BGE 87 IV 4o, 48 (Quick-Blick).
5) BGHZ 38, 2oo, 2o4; 36, 252, 255 ff.; 28, 32o, 328 f.; Fikentscher (LB) § 1o3 II 1b (S.565).
6) BGH NJW 1964, 152,153(Trockenrasierer); BGHZ 38, 2oo, 2o4; 36, 252, 256/257; v. Caemmerer (II) S. 49,9o m.N. Sasse S. 8 ff. m.N.
7) So z.B. v. Caemmerer (II) S. 49,9o m.N.; Gieseke GRUR 195o, 298,3o7; Fikentscher (Wettbewerb) S. 226 f.; Paul NJW 1964, 129, 131 Anm. 22; Schütte S. 163 ff., bes. 169. Besonders aufschlußreich ist hierzu die Entscheidung des OLG Düsseldorf WUW/E OLG 66o ff.,662,wo ausgeführt ist, daß der Schutz des Preisbindungssystems nicht in § 1 UWG geregelt sei, da nur die bes. Begleit-

vorliegt und die Ausfüllung der Lücke dem Sinn und Zweck des UWG entspricht, ist m.E. der Begriff Spezialität besser. Ob eine Lückenfüllung möglich und sinnvoll ist, bemißt sich allein nach den Normen des UWG und der darin zum Ausdruck gekommenen rechtspolitischen Entscheidung.[1] Wollte man immer dann, wenn die Anwendung des § 1 UWG an dem Fehlen des Sittenverstoßes scheitert, "ergänzend" auf das Recht am Gewerbebetrieb zurückgreifen,[2] so bestünde die Gefahr, daß die im UWG und GWB getroffenen Regelungen ausgeschaltet werden. Auf diesem Wege könnte nämlich j e d e r schädigende und nicht nur der unlautere Wettbewerb ausgeschlossen werden.[3] Unbequemer, aber sittlich wertneutraler Nichtleistungswettbewerb und alle Formen des Leistungswettbewerbes müssen jedoch bestehen bleiben, um die Auslese- und Ordnungsfunktion des freien Wettbewerbes zu erhalten.
Da im vorliegenden Falle § 1 UWG anwendbar ist, darf nicht auf § 823 BGB zurückgegriffen werden.
Es liegt keine ausfüllungsbedürftige Lücke vor.

d) Ergebnis

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Recht am Unternehmen nach § 823 Abs.1 oder Abs. 2 BGB zu schützen ist, da bei Preisunterbietungen durch Außenseiter keine ausfüllungsbedürftige Lücke besteht. § 1 UWG schützt den Gewerbebetrieb des Preisbinders ausreichend vor schädlichen Beeinträchtigungen.

---

umstände der Preisunterbietung als sittenwidrig zu werten seien und diese theoretisch für sich allein verboten werden könnten.

1) Deutsch JZ 1963, 385, 388; ähnlich ZHR 128 (1966), 363, 364; allgemein zur Lückenfüllung Larenz S. 319.
2) So die meisten oben S. 101 in Anm. 7 Genannten.
3) Jeder echte Wettbewerb schädigt die Gewerbebetriebe der Mitbewerber. Da die Grenzen zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb fließend sind, ist die

4) Auskunftsanspruch des Herstellers
auf Nennung des vertragsbrüchigen Lieferanten

a) Rechtsgrundlage

Das Reichsgericht hat in einem Urteil vom 4. Mai 1923 folgenden Satz aufgestellt:[1]

"In Fällen, in denen ein Recht auf Auskunft gegenüber dem Verpflichteten die Rechtsverfolgung in hohem Maße erleichtert, oft überhaupt erst möglich macht, ist ... nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Berechtigten ein Anspruch auf Auskunft bei Rechtsverhältnissen zu gewähren, deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu erteilen."

Seit dieser Entscheidung ist ein allgemeiner Auskunftsanspruch in ständiger Rechtsprechung aus § 242 BGB hergeleitet worden.[2] Zur weiteren Begründung wurde meist auf Rechtsgedanken aus § 287 ZPO und §§ 259,26o BGB verwiesen.

Im konkreten Fall dient die Nennung des Lieferanten allerdings nicht der Schadensschätzung. Vielmehr soll auf diesem Weg die bestehende Gefährdung des Preisbindungssystems ausgeschaltet werden.
Die zum allgemeinen Auskunftsanspruch entwickelten Grundsätze passen daher nur bedingt.
Auch darf nicht vergessen werden, daß die Generalklausel des § 242 BGB nur dann herangezogen werden sollte, wenn keine sonstige gesetzliche Grundlage zur Gewährung eines Auskunftsanspruches denkbar ist.[3]

Tetzner[4] hat angenommen, das Recht auf Offenbarung der Bezugsquelle sei ein Hilfsanspruch des preisbindenden Herstellers, der den Anspruch auf Unterlassung weiterer Preisunterbietungen ergänze. Nur auf diesem Wege könne

---

richtige Interessenabwägung sehr schwierig. Im Rahmen des § 823 BGB kommt hinzu, daß dem Richter ein Rechtswidrigkeitsurteil regelmäßig leichter fallen wird als ein sittliches Unwerturteil. Dadurch besteht die Gefahr daß durch Gerichtsurteile wirtschaftspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers unterlaufen werden. Die Wettbewerbsfreiheit und nicht der Bestandsschutz ist vorrangig (ähnl. Koenigs NJW 1961, 1o41,1o42).

"die Wurzel des Übels" ausgerottet werden.[1]

Diese Begründung überzeugt nicht, da der Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG zwar auf Unterlassen zukünftiger Störungen gerichtet ist, nicht aber die Möglichkeit gewährt, durch Ausschalten der Lieferquelle zukünftige Preisunterbietungen unmöglich zu machen oder zumindest wesentlich zu erschweren.

Seit dem Urteil des Reichsgerichts vom 11. 1o. 1935[2] hat sich die Meinung durchgesetzt, daß der Anspruch auf Nennung des Lieferanten ein Bestandteil des Schadensersatzanspruches aus § 1 UWG sei, da nur durch Bekanntwerden der Lieferquelle des Außenseiters die Erschütterung des Preisbindungssystems behoben und so der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werden könne (§ 249BGB).[3]

---

1) RGZ 1o8/1,7 m.N.
2) RGZ 158/377, 379; BGHZ 1o, 385, 387; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG 272 m.N.
3) Ähnlich zur generellen Anwendbarkeit von § 242 BGB z. B. Fikentscher (LB) § 26 VII 1, 4 (S. 98,99); Staudinger-Weber § 242 , A 1o9 f.
4) JR 1954, 324, 327; Anm. JZ 1954, 289, 29o. Die von Tetzner zitierten Entscheidungen tragen seine Begründung nicht.

---

1) Tetzner Anm. JZ 1954, 289, 29o.
2) RGZ 148/ 364, 373 ff.
3) H.M.; BGH NJW 1964, 917, 919f. (Maggi); WRP 1965, 23o, 231; KG MA 1966, 37,38; GRUR 1954, 197, 2o6; OLG Stuttgart BB 1963, 1275; LG Berlin MA 196o, 716, 718 f.; Baumbach-Hefermehl § 1, 431; Knopp in Anm. zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 1o. 1. 1964 (Maggi) GRUR 1964, 324, 325; Lutz MA 1965, 521, 53o; Müller S. 262.

b) Naturalrestitution (§ 249 BGB)

Bei Verleitung zum Vertragsbruch ist allgemein anerkannt, daß der Außenseiter die Erschütterung des Preisbindungssystems mitverursacht hat und daher zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes den vertragsbrüchigen Lieferanten benennen muß.[1)]
Auch wenn nur eine Ausnutzung fremden Vertragsbruches und Preisunterbietung des Außenseiters vorliegt, wird dies überwiegend bejaht.[2)]
Die vom OLG Hamm in seinem Urteil vom 6. 1o. 1964 [3)] angeführten Bedenken, die bloße Ausnutzung fremden Vertragsbruches sei nicht sittenwidrig und daher sei die Lücke im Preisbindungssystem nicht durch deliktisches Verhalten des Außenseiters verursacht, gehen etwas am Problem vorbei. Der Außenseiter bezieht die Markenware, um durch Unterpreisverkäufe einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen vertragstreuen Mitbewerbern zu erzielen. Bevor er die Waren nicht unter Preis verkauft, besteht keine tatsächliche Lücke im System, sondern nur eine potentielle Durchbrechung der Preisbindung. Die Erschütterung des Preisbindungssystems (Schaden), die durch Nennung des Lieferanten (Schadensersatzleistung) beseitigt werden soll, entsteht erst durch die Preisunterbietung. In diesem Zeitpunkt ist das Gesamtverhalten des Außenseiters als sittenwidrig anzusehen, so daß er den Schaden durch deliktisches Verhalten herbeigeführt hat.[4)]

---

1) Vgl. die N. oben S. 1o4 Anm. 2, 3.
2) RG aaO; KG aaO; OLG Stuttgart aaO; Knopp aaO; Lutz aaO; Schütte S. 2o7; BGH aaO läßt diese Frage ausdrücklich offen (er entnimmt die Mitverantwortlichkeit aus der Planmäßigkeit des Vorgehens); a.A.OLG Hamm BB 1964, 14o1; wohl auch BKartA WRP 1966, 111, 113.
3) BB 1964, 14o1.
4) Darauf weist Lutz aaO m.R. hin; ähnlich KG MA 1966, 37, 38. Das OLG Hamm aaO verneint den Auskunftsanspruch ausdrücklich nur für den Fall, daß es zu keinen Preisunterbietungen komme. In diesen Fällen bestehe kein Schadensersatzanspruch, daher auch kein Auskunftsanspruch(dem ist zuzustimmen, da kein Schaden besteht).

Damit ist allerdings noch nicht begründet, warum die Nennung des Lieferanten zur Wiedergutmachung des Schadens gehört.
Knopp[1] meint, daß gemäß § 83o BGB bewußtes und gewolltes Zusammenwirken genüge, um eine dahingehende Schadensersatzpflicht auszulösen. § 83o BGB setzt aber voraus, daß durch gemeinsame unerlaubte Handlung gerade dieser Schaden, d.h. diese Erschütterung des Preisbindungssystems, verursacht und die Nennung des Lieferanten zur Naturalrestitution nach § 249 BGB notwendig und angemessen ist. Schon die adäquate Verursachung durch den Außenseiter kann zweifelhaft sein. Es besteht u.a. die Möglichkeit, daß der vertragsbrüchige Zwischenhändler nicht nur diesen einen Außenseiter sondern auch andere beliefert und bzw. oder die Durchbrechung von vornherein beabsichtigte. Da jedoch die Preisunterbietung als solche die eigentliche Gefahr für den Fortbestand der Preisbindung bedeutet, ist das Handeln des Außenseiters für die Erschütterung des Preisbindungssystems -zumindest in seinem örtlichen Bereich- mitursächlich geworden, ohne daß es darauf ankommt, wie er sich die Markenware verschafft hat.[2] Auch könnte der Zwischenhändler der Preisbindung höchstens geringfügig schaden, wenn sich keine Außenseiter zum Weiterverkauf zur Verfügung stellen.

Wenn der Hersteller den Namen des vertragsbrüchigen Lieferanten erfährt, kann er die Gefährdung des Systems ausschalten. Hierdurch werden unter Umständen Schäden ausgeglichen, die der Außenseiter durch sein Verhalten nicht verursacht hat.

---

1) Anm. GRUR 1964, 324, 325.
2) Im einzelnen siehe KG MA 1966, 37, 38. Allgemein zur Ursächlichkeit bei Zusammenwirken verschiedener Umstände vgl. Erman-Drees vor § 823, 5d,dd; Enneccerus-Lehmann § 15 III 1, 3 (S. 65, 69 f.); Larenz NJW 1955, 1oo9 ff. m.N. Grundsätzlich ist unerheblich, ob zur Entstehung des Schadens noch andere Umstände beigetragen haben, wenn nur die vom Täter gesetzte Ursache generell geeignet ist, die objektive Möglichkeit des Erfolgseintrittes zu begünstigen.

Der preisbindende Hersteller erhält also durch Nennung des vertragsbrüchigen Lieferanten möglicherweise mehr, als zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes notwendig ist.
Nur bei Ausschaltung des vertragsbrüchigen Lieferanten wird jedoch die vom Außenseiter verursachte Lücke im System unter Wiederherstellung des vor den schadensbegründenden Preisunterbietungen bestehenden Zustandes geschlossen.[1)]
Die mit der Schadensersatzleistung u.U. untrennbar verbundenen Vorteile, rechtfertigen eine Versagung des bestehenden Schadensersatzanspruches nicht.
Die gleichen vorteilhaften Auswirkungen können auch dann auftreten, wenn der Außenseiter seinen Lieferanten zum Vertragsbruch verleitet hat. Dennoch wird bei Verleitung zum Vertragsbruch der Auskunftsanspruch allgemein und ohne Einschränkung bejaht.[2)]

Da die Erschütterung des Preisbindungssystems von der Art der Warenbeschaffung nahezu unabhängig ist, erscheint eine Differenzierung zwischen Verleitung und bloßer Ausnutzung in diesem Punkte nicht gerechtfertigt.[3)]

c) *Interessenabwägung* [4)]

Zur Überprüfung sollen die Interessen der beteiligten Personen aufgezeigt werden.

(1) Interessen des Außenseiters

Jeder Händler hat Interesse am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse. Durch Nennung des Lieferanten wird jedoch

---

1) Ähnl. RGZ 148/364, 375; KG aaO; LG Berlin MA 196o,716, 719.
2) N. oben S.1o4 Anm. 2,3.
3) So m.R. KG aaO.
4) Der BGH NJW 1964, 917,92o(Maggi) stellt darauf ab,ob es dem Außenseiter zumutbar sei, seinen Lieferanten zu benennen. Hierfür soll die Art des Zusammenwirkens zwischen Außenseiter und Lieferant eine Rolle spielen. Die angestellten Erwägungen passen allerdings zu dieser Fragestellung nicht recht. Letztlich wird anscheinend überprüft, ob es dem Lieferanten zumutbar sei, daß der Preisbinder seinen Namen erfährt und wegen Ver-

kein schutzwürdiges betriebliches Geheimnis sondern nur der Weg des unredlichen Erwerbs offenbart.
Wettbewerbliche Gründe stehen der Bekanntgabe der Bezugsquelle nicht entgegen, da Hersteller und Außenseiter in der Regel auf verschiedenen Handelsstufen stehen und daher der Hersteller keinen Vorteil erlangen kann, den er im Wettbewerb zum Schaden des Außenseiters ausbeuten könnte.[1)]

Das Interesse des Außenseiters zum Weiterbezug der Markenware von diesem Lieferanten ist nicht schutzwürdig, da der Warenbezug sittenwidrig und wettbewerbsschädlich wäre, was der Außenseiter spätestens im Laufe des Prozesses erfährt.
Schließlich könnte der Außenseiter deshalb ein Interesse an der Verheimlichung seines Lieferanten haben, weil er mit ihm schon seit Jahren gut zusammengearbeitet hat und dies fortsetzen will.
Soweit dies Zusammenarbeit ordnungsgemäß und daher rechtmäßig war, könnte ein schutzwürdiges Interesse am Verschweigen des Vertragspartners bestehen.
Durch sein unredliches Verhalten hat jedoch der Außenseiter einen dahingehenden Schutz verwirkt.
Wollte man auch jetzt noch die sonstigen Geschäftsbeziehungen zu diesem Lieferanten als schutzwürdig ansehen, könnte der Außenseiter durch gelegentlichen, ordnungsmäßigen Warenbezug seine unredlichen Geschäfte verdecken.

Daher bestehen keine schutzwürdige Interessen des Außenseiters an der Geheimhaltung dieses Lieferanten.

(2) Interessen des Lieferanten

Der vertragsbrüchige Lieferant hat Interesse daran, seine gewinnbringenden Geschäfte mit Außenseitern fortzusetzen.

---

tragsbruches eine Liefersperre verhängt. Diese Kriterien erscheinen für den Umfang des vom Außenseiter zu leistenden Schadensersatzes nur von untergeorneter Bedeutung, da sie nicht an den eingetretenen Schaden anknüpfen, sondern nur mittelbar die Person des Schadensersatzpflichtigen betreffen.

1) Ähnlich BGH aaO.

Dieses Interesse ist nicht schutzwürdig, da der eigene Vertragsbruch zu Wettbewerbszwecken sittenwidrig ist.

Weiter könnte er deshalb ein Interesse am Verschweigen seines Namens haben, weil er in Zukunft vertragsgemäß handeln will.
Da wegen seines früheren Verhaltens Bedenken an der Glaubwürdigkeit bestehen, soll der Hersteller entscheiden können, ob er seinem Zwischenhändler vertrauen will und welche Schutzmaßnahmen getroffen werden müssen.

Der Lieferant hat daher kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung seines Namens.

(3) Interessen des Herstellers

Das Interesse des Herstellers an der Aufrechterhaltung der eingeführten Preisbindung ist durch § 16 GWB als schutzwürdig anerkannt.
Hierfür ist der Auskunftsanspruch auf Nennung des vertragsbrüchigen Zwischenhändlers von wesentlicher Bedeutung.[1)]
Die sonstigen Überwachungsmöglichkeiten können die Durchbrechungen des Preisbindungssystems nicht immer sicher und schnell ausschalten.
Bei Versagung des Auskunftsanspruches bliebe daher sittenwidriges Verhalten u. U. unangreifbar.

Die Abwägung der beteiligten Interessen spricht demnach für eine Bejahung des Auskunftsanspruches.

d) Zusammenfassung und Ergebnis

Durch Warenbezug von einem vertraglich gebundenen Vorlieferanten und Preisunterbietung des Außenseiters wird die Durchsetzung der Preisbindung lückenhaft. Dies kann zu einer Erschütterung des Preisbindungssystems führen.
Ob der Lieferant noch andere Außenseiter beliefert oder in Zukunft vertragstreu sein will, ist nur für den Umfang

1) Ähnlich KG WA 1966, 37, 38.

des eingetretenen Schadens erheblich.
Für die Gefährdung des Systems ist der Außenseiter zumindest mitverantwortlich.
Zur vollständigen Beseitigung der Schäden ist die Unschädlichmachung des vertragsbrüchigen Lieferanten notwendig und auch angemessen, wie sich aus Abwägung der beteiligten Interessen ergibt.
Der Hersteller hat demnach (als Teil des Schadensersatzanspruches aus § 1 UWG) gegen den Außenseiter einen Anspruch auf Nennung des vertragsbrüchigen Lieferanten.
Nennt der Außenseiter den Namen nicht freiwillig, so kann er im Vollstreckungswege nach § 888 ZPO durch Geldstrafe oder Haft zur Angabe seines Lieferanten gezwungen werden.[1)]

Angemessener erscheint es allerdings, wenn im Urteil gemäß § 510 b ZPO auf Antrag des Herstellers eine Frist zur Bekanntgabe der Lieferquelle gesetzt wird, nach deren Ablauf eine bestimmte -nach Ermessen des Gerichts festzusetzende- Entschädigung zu zahlen ist.
Die Erwirkung der Zwangsvollstreckung durch Geldstrafe oder Haft ist dann durch § 888a ZPO ausgeschlossen.

---

1) Auskunfterteilung ist wegen der Verantwortlichkeit des Erteilenden -von dessen Willen die Auskunft abhängt- unvertretbar.
H.M.; Baumbach-Lauterbach § 887, 6 unter "Auskunft" m.N.; § 888, 1B; Schönke-Baur § 35 II 1 (S. 152); Wieczorek §888, A I b 1,2.
Durch Einsicht in die Geschäftsbücher könnte nicht in jedem Falle geholfen werden, z.B. dann nicht, wenn die Markenwaren des preisbindenden Herstellers von verschiedenen Zwischenhändlern bezogen wurden.
Außerdem ist die erzwungene Bucheinsicht eine nicht unerheblich schärfere Maßnahme.

5) Zusammenstellung der Ansprüche gegen Außenseiter

Bei einem lückenlos ein- und durchgeführten Preisbindungssystem sind Preisunterbietungen von Außenseitern immer ein Verstoß gegen § 1 UWG. Aus § 1 UWG ergibt sich ein Anspruch auf Unterlassung künftiger Preisunterbietungen sowie auf Leistung von Schadensersatz.

Als zu ersetzender Schaden kommt in Betracht:

a) *Umsatzausfälle des Herstellers, falls der Gesamtumsatz aufgrund der Durchlöcherung des Systems nachweislich zurückgeht (wird sich meist für bestimmten Außenseiter nicht exakt feststellen lassen)*

b) *Kosten, die durch zusätzlich notwendig werdende Maßnahmen zur Überwachung und Sicherung des Preisschutzsystems entstanden sind, 1)*

c) *good-will-Verluste der Markenware, die durch die Schleuderverkäufe eingetreten (regelmäßig nicht konkret meßbar).*

Im einzelnen wird sich allerdings meist nur schwer nachweisen lassen, welche Schäden durch die Preisunterbietungen eines bestimmten Außenseiters entstanden sind.

Zur Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249BGB), gehört auch, daß die durch Vertragsbruch eines Zwischenhändlers entstandene Lücke im System wieder geschlossen wird. Der preisunterbietende Außenseiter ist daher zur Auskunft verpflichtet, von wem er die Ware bezogen hat.

Zur Durchsetzung der Ansprüche aus § 1 UWG kann der Preisbinder den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragen oder aber Klage erheben.
Bis sich der unterbietende Händler unter Übernahme einer Vertragsstrafe bedingungslos zur Unterlassung weiterer Preisunterbietungen verpflichtet hat, besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Daher kann bei begründetem Anlaß jederzeit der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt oder Unter-

---

1) Schütte S. 2o6/2o7.

lassungsklage erhoben werden.[1]
Bei der Ausschaltung von Preisunterbietungen ist Eile geboten, da andernfalls die lückenlose Durchsetzung der Preisbindung und damit der Bestand des Preisbindungssystems gefährdet wird. Daher wird regelmäßig dem durch § 25 UWG vereinfachten einstweiligen Verfügungsverfahren die entscheidende Bedeutung zukommen. Durch § 25 UWG werden die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung verringert, da in Wettbewerbssachen regelmäßig eine "Gefährdung" vorliegt. Der Preisbinder kann daher den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragen, ohne daß er eine Gefährdung seines Anspuches aus § 1 UWG glaubhaft machen muß.
Wenn ein Außenseiter immer wieder den Festpreis unterschreitet, ist Klage auf Unterlassung und Schadensersatz der geeignete Weg.

---

1) Im einzelnen siehe OLG Hamburg MA 1965, 78, 80 f.

D. ÜBERWACHUNG DES PREISBINDUNGSSYSTEMS

I. NOTWENDIGKEIT DER ÜBERWACHUNG

Mit Einführung und Durchsetzung der vertikalen Preisbindung wird den vertraglich gebundenen Händlern der Preiswettbewerb mit dieser Ware praktisch unmöglich gemacht.[1] Aus produktions- und investitionstechnischen Gründen sowie zur Festigung des good will der Ware hält jeder Hersteller die festgesetzten Endverbraucherpreise möglichst lange konstant. Daher sind sie den Verbrauchern regelmäßig bekannt; zumindest besteht eine allgemeine Vorstellung über das Preisniveau.

Wenn nun ein Händler -entgegen seiner im Preisbindungsrevers festgelegten Pflicht oder nach Beschaffung der Ware von einem vertragsbrüchigen Zwischenhändler- den allgemein bekannten Festpreis erheblich unterschreitet, so werden ihm viele Kunden zulaufen. Die Verbraucher schließen nämlich von diesem günstigen Angebot, das sie beurteilen können, auf die Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments, die sich ihrer Beurteilung entzieht. Die Vorteile des betreffenden Angebots springen deshalb besonders ins Auge, weil die Verbraucher den von den übrigen Mitbewerbern meist noch eingehaltenen Festpreis kennen und die Qualität der Ware außer Zweifel steht.

Eine Abwanderung ihrer Kunden können die Mitbewerber regelmäßig nur dadurch verhindern, daß sie ebenfalls vertragsbrüchig werden und die festgesetzten Preise in ähnlichem Umfang unterbieten. Weiterer Verkauf zu den vertraglich vorgeschriebenen Preisen kann u. U. zu erheblichen Nachteilen und schwerwiegenden Schäden führen. Die Einhaltung des Festpreises ist deshalb den Händlern nur solange zumutbar, wie eine annähernd gleiche Wettbewerbslage besteht.

---

1) Die vertragliche Vereinbarung ist in der Regel durch Vertragsstrafeversprechen und Liefersperreandrohung abgesichert.

Aus diesem Grunde schützt die Rechtsordnung ein gemäß § 16 GWB geschaffenes Preisbindungssystem nur dann, wenn es lückenlos ein- und durchgeführt ist.[1)]

Notwendig ist immer, daß der preisbindende Unternehmer alle Abnehmer verpflichtet[2)], die preisgebundene Markenware ausschließlich zu den gebundenen Preisen abzugeben (gedankliche Lückenlosigkeit) und durch Überwachungs- und Verfolgungsmaßnahmen sicherstellt, daß die festgesetzten Preise auch wirklich eingehalten werden (tatsächliche Lückenlosigkeit).

Eine absolut konforme Wettbewerbslage kann allerdings niemals geschaffen werden, da die Einhaltung der Preisbindungsreverse letztlich vom Willen der gebundenen Händler abhängt und auch bei bestens organisierter Überwachung nicht alle Verstöße festgestellt und durch außergerichtliche oder gerichtliche Maßnahmen ausgeschaltet werden können.
Bei ständiger Überwachung im angemessenen Umfang kann es bei marktgerechten Preisen jedoch nur zu geringfügigen oder vorübergehenden Durchbrechungen des Systems kommen, die die Wettbewerbslage des einzelnen Händlers in der Regel nur unwesentlich beeinträchtigen.
Diese vorübergehenden Lücken oder vereinzelten Fehlschläge der Preisbindung sind unvermeidlich und daher für Wirksamkeit und Schutz des Preisbindungssystems unschädlich.[3)]

---

1) Allg. anerkannt; BGHZ 4o, 135, 139 f.(Trockenrasierer) OLG Koblenz WRP 1964, 94, 97 f. m.N.; Baumbach-Hefermehl § 1, 37o, 371 ff. m.N., 4oo, 423; Koenigs NJW 1961, 1o41, 1o46 f.
2) Bei Absatz über Zwischenhändler müssen diese verpflichtet werden, nur solche Wiederverkäufer zu beliefern, die ihrerseits die Einhaltung der vorgeschriebenen Endverbraucherpreise versprechen. Auf diesem Wege werden alle unmittelbaren Abnehmer direkt, die Zweitabnehmer mittelbar zur Einhaltung des Festpreises verpflichtet.
3) Allg. Meinung; OLG Bamberg MA 1966, 584, 586; Lehmpfuhl MA 196o, 683, 688 m.N.; w.N. oben S.2 Anm. 3.

Allerdings sind die preisbindenden Hersteller verpflichtet, die Lücken des Systems möglichst gering zu halten. Um das zu erreichen, muß der Umfang der Überwachung in angemessenem Verhältnis zum Umsatz der Markenware [1] und zu den auftretenden Durchbrechungen stehen.[2] Die Überwachungsmaßnahmen müssen eine Gewähr dafür bieten, daß vorkommende Verstöße alsbald entdeckt werden. Bei Massenumsatz darf sich der Hersteller deshalb nicht auf gelegentliche Stichproben beschränken, vielmehr müssen laufend alle einschlägigen Verkaufsstellen überprüft werden. Werden Verstöße gegen die Preisbindung festgestellt, ist die Verschärfung der Überwachungsmaßnahmen sowie die unverzügliche Unterbindung der festgestellten Verstöße durch gerichtliches oder außergerichtliches Vorgehen notwendig.

Alle diese Erwägungen zeigen jedoch nur auf, wie die tatsächliche Lückenlosigkeit einer Preisbindung möglichst weitgehend sichergestellt werden kann. Die konforme Wettbewerbslage als solche kann durch den Nachweis lückenloser Einführung und angemessener Maßnahmen zur lückenlosen Durchsetzung der Preisbindung nicht bewiesen werden. Weist jedoch der preisbindende Hersteller nach, daß er alle Abnehmer gedanklich lückenlos gebunden hat, die Durchführung der Preisbindung laufend überwacht und ihm bekannt werdende Verstöße unverzüglich verfolgt, so spricht nach allgemeiner Lebenserfahrung die Vermutung dafür, daß das Preisbindungssystem tatsächlich lückenlos durchgeführt ist (Prima-facie-Beweis). [3]

---

1) OLG Hamburg WA 1964, 795, 796.
2) BGH WA 1964, 28, 33 (Trockenrasierer). Entscheidend sind hierfür meist die Höhe der Gewinnspanne, die jeweilige Branche, der räumliche Sektor, die belieferte Handelsstufe u.ä.
3) Vgl. im einzelnen oben S. 2 ff. m.N.

Um die tatsächliche Lückenlosigkeit zu gewährleisten und den Anscheinsbeweis für die tatsächlich lückenlose Durchsetzung der Preisbindung zu begründen, sind also angemessene Überwachungsmaßnahmen notwendig.

Welche Maßnahmen zur Überwachung möglich, notwendig und ausreichend sind, soll im folgenden untersucht werden.

II. MÖGLICHKEITEN DER ÜBERWACHUNG UND DEREN WIRKUNGEN

1) Besondere Formen des Vertriebs

Zunächst ist zu prüfen, ob die tatsächliche Lückenlosigkeit der Preisbindung durch besondere Formen des Vertriebs sichergestellt werden kann.

a) Eigenes Vertriebsnetz

Theoretisch hat jeder Unternehmer die Möglichkeit, seine preisgebundenen Waren sowie alle übrigen Artikel unter Ausschluß des ordentlichen Zwischenhandels durch ein Netz eigener Verkaufsstellen zu vertreiben oder den Verbrauchern auf Bestellung unmittelbar zuzuschicken.

In diesen Fällen ist gewährleistet, daß die festgesetzten Endverbraucherpreise allgemein eingehalten werden. Einer Überwachung bedarf es nicht, da die (weisungsgebundenen) Angestellten an einer Unterbietung des Festpreises keinerlei Interesse haben.
Diese Vertriebsform hat den weiteren Vorteil, daß durch einheitliche Ausstattung der Geschäfte, Uniform der Angestellten, Kundendienst durch ausgewählte Fachkräfte u. ä. der good will der Markenware gefestigt wird und eine nicht zu unterschätzende Werbewirkung eintritt.
Allerdings hat ein so beschaffenes Verteilungsnetz auch Nachteile.
Die Schaffung eigener Verkaufsstellen ist mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden und kann daher meist nur in relativ beschränkter Anzahl erfolgen.

Ein Netz eigener Verkaufsstellen ist deshalb in der Regel recht weitmaschig, was sich auf den Umsatz nachteilig auswirken kann. Besonders bei Waren des täglichen Bedarfs legt der Kunde weite Wege nur dann zurück, wenn die angebotenen Artikel wesentlich besser oder erheblich billiger sind. Aber auch bei Gebrauchsgütern, deren Wert vom Umfang des Kundendienstes beeinflußt wird, zieht der Verbraucher häufig örtlich nähere oder bessere Nebenleistungen bietende Händler vor. Zu bedenken ist weiter, daß auf diesem Wege die Wahrscheinlichkeit von sog. Impulskäufen weitgehend ausgeschlossen wird. Diese Nachteile des Systems versucht man durch Zusendung umfangreicher Kataloge und Verbesserung des werkseigenen Kundendienstes auszugleichen. Doch selbst die schönsten Kataloge können bei vielen Artikeln den persönlichen Kontakt nur unvollkommen oder gar nicht ersetzen. Auch wird angemessener Kundendienst in der Regel nur in größeren Städten gewährt.

Die Schaffung eines eigenen Vertriebsnetzes ist daher nur für einen Teil des Warensortiments vorteilhaft und übersteigt die finanziellen Möglichkeiten von kleinen und mittleren Unternehmen.

b) Regieläden

Weiter ist möglich, daß der Hersteller seine Waren nur über Geschäfte ausliefert, mit denen er Ausschließlichkeitsverträge abgeschlossen hat.[1] *Die ausgewählten Händler müssen sich verpflichten, ausschließlich Waren eines bestimmten Unternehmers zu vertreiben. Meist wird hinzukommen, daß die Verkaufsstellen in be-*

---

1) Hierher gehört z.B. das sogenannte Franchisesystem; vergleiche im einzelnen Callmann GRUR 1963, 461 m.N. in Anm. 2.

stimmter Form ausgestattet werden, die Angestellten besondere Kleidung erhalten und der Unternehmer in begrenztem Umfang weisungsbefugt ist.
Durch diese Bindung der Einzelhändler ist sichergestellt, daß die festgesetzten Endverbraucherpreise eingehalten werden; einer besonderen Überwachung bedarf es nicht.

Als Vertriebssystem können Regieläden allerdings nur von finanzstarken Großunternehmen mit breitem Warensortiment benutzt werden.
Dennoch wird es dem Unternehmer nur selten möglich sein, ein weitverzweigtes und engmaschiges Netz von Einzelhandelsgeschäften zu verpflichten, so daß wegen der zu geringen Streuung der Läden Nachteile eintreten können, da der Umsatz einiger Artikel von der örtlichen Nähe der Verkaufsstelle beeinflußt wird.

Der Vertrieb über Regieläden ist demnach nur für Großunternehmen möglich und eignet sich nicht für alle Warenarten.

c) Auslieferung in Kommission

Schließlich hat der Unternehmer die Möglichkeit, seine Markenwaren "in Kommission" auszuliefern.

Hierbei werden die Waren an den Einzelhandel geliefert, der die Verträge mit den Kunden im eigenen Namen aber für Rechnung des Herstellers abschließt und dafür einen bestimmten Anteil am Verkaufserlös (Provision) erhält.

Ebenso ist möglich, daß der Händler die Geschäfte nur vermittelt; dann handelt er auch im Namen des Herstellers. Der Kunde wird aber regelmäßig nur dann mit dem Hersteller unmittelbar abschließen wollen, wenn der örtliche Händler Kundendienst u.ä. übernimmt.

An einer Unterbietung des Festpreises hat hier der Einzelhandel kein Interesse, so daß die lückenlose Durchsetzung des Preisbindungssystems ohne weitere Überwachungsmaßnahmen sichergestellt ist.

Bei diesem Vertriebssystem trägt der Hersteller praktisch alle Verkaufsrisiken. Er gewährt dem Handel bis zum Verkauf Kredit, da die Bezahlung der Ware erst nach der tatsächlichen Weitergabe an den Kunden fällig wird. Auch nimmt er unbrauchbar oder unansehnlich gewordene Stücke zurück. Damit trägt der Hersteller das Risiko, ob und wann die Ware verkauft wird, obgleich der Absatz in erheblichem Umfang von dem Verhalten des Händlers abhängt. Außerdem muß der Hersteller für die Erhaltung des verkaufsfähigen Zustandes einstehen, während für Obhut und Lagerung ausschließlich der Händler zuständig ist.
Als weiterer Nachteil dieses Vertriebssystems kommt hinzu, daß sich der Handel für den Verkauf der Ware in der Regel nicht übermäßig einsetzen wird, weil jederzeit eine Rückgabe ohne Verlust möglich ist. Bei in Kommission erhaltenen Waren trägt der Händler nur das Lagerrisiko, bei allen übrigen Waren ist er mit dem vollen Verkaufsrisiko belastet. Wenn sich ein Händler besonders für den Verkauf einer Markenware einsetzt, so kann er zwar in aller Regel damit rechnen, daß der Absatz dieser Ware zunimmt. Er muß dafür aber in Kauf nehmen, daß andere -entsprechende- Artikel liegen bleiben. Diese Artikel kann er meist nicht zurückgeben, so daß er bei ihnen das volle Verkaufsrisiko trägt. Da nicht damit zu rechnen ist, daß sich ein Händler freiwillig schädigt, oder ohne eigene Vorteile mehr Risiken in Kauf nimmt als unbedingt notwendig, ist begreiflich, daß sich der Handel für Kommissionswaren nicht besonders einsetzt.
Die aufgezeigten Nachteile einer Auslieferung "in Kommission" lassen dieses Vertriebssystem nur für wenige Waren und nur für finanzstarke Unternehmer geeignet erscheinen.

d) Zusammenfassung

Die dargestellten Sonderformen des Vertriebs garantieren die lückenlose Durchsetzung eines Preisbindungssystems,

ohne daß es zusätzlicher Überwachungsmaßnahmen bedarf. Allerdings ist zum Aufbau und bzw. oder der Durchführung dieser Vertriebssysteme ein erheblicher finanzieller Aufwand nötig. Außerdem ist entweder die Streuung der Verkaufsstellen relativ gering oder aber der Einzelhandel wird sich für die betreffende Markenware nur bedingt einsetzen.
Aus diesen Gründen sind die dargestellten Formen der Vertriebsorganisation nur für bestimmte Warengruppen und meist nur für Großunternehmen geeignet.

2) Maßnahmen zur allgemeinen Information

Unter Maßnahmen zur allgemeinen Information des Preisbinders werden solche verstanden, die überwiegend genereller Natur sind und sich daher zur gezielten Klärung eines Einzelfalles nur bedingt eignen.

a) Umfrage bei Einzelhändlern

Der Hersteller kann seine gebundenen Abnehmer periodisch befragen, ob und wo Preisunterbietungen vorkommen und bzw. oder allen die Verpflichtung auferlegen, bekannt werdende Verstöße unverzüglich zu melden.
Da nur ein Teil der Händler befragt wird und die Preisbrecher kaum erschöpfende Auskunft geben werden, ist diese Maßnahme zur Aufdeckung von Preisbindungsverstößen nur bedingt geeignet. Ob Preisunterbietungen auf diesem Wege festgestellt werden können, hängt überwiegend von den in Frage kommenden Mitbewerbern ab. Sind diese ihrerseits vertragstreu, und beobachten sie ihre Konkurrenten aufmerksam, so sind die Voraussetzungen für eine Entdeckung der Preisbindungsverstöße günstig. Als Unsicherheitsfaktor bleibt jedoch die Methode der Preisunterbietung.

Erfolgt die Unterschreitung des Festpreises offen, so ist die Feststellung und Ausschaltung einfach. Wenn aber der Händler seine Preisunterbietungen verschleiert, z.B. durch Zugabe von markenlosen Waren oder Unterschreitung des Preises nur gegenüber Stammkunden, bleibt zweifelhaft, ob und wann die Mitbewerber die Preisbindungsverstöße entdecken. Auch ist denkbar, daß die Preisunterbietungen nur kurzfristig erfolgen, aber in bestimmten Abständen wiederholt werden. Weiter ist möglich, unter bestimmten Voraussetzungen erhöhte Rabatte zu gewähren, Kundenkarten auszugeben u.ä. Die entscheidende Schwäche dieser Überwachungsmaßnahme zeigt sich aber erst dann, wenn man in Betracht zieht, daß alle Mitbewerber vertragsbrüchig werden können und die Beobachtung der Konkurrenten recht unterschiedlich gehandhabt wird.

Wie scharf jeder Einzelhändler das Verhalten seiner Mitbewerber beobachtet, hängt von der konkreten Wettbewerbssituation, dem Interesse an der Einhaltung des Festpreises, der persönlichen Einstellung zu Preisbindungen, den bevorzugten Wettbewerbsmaßnahmen u.v.a. ab. Das Interesse an der Erhaltung einer konformen Wettbewerbslage steht meist in Widerstreit mit dem Anreiz zu Preisunterbietungen. Bei einem allgemein bekannten und eingehaltenen Preis lockt die Preisunterbietung erfahrungsgemäß viele neue Kunden an.

Selbst wenn das Interesse des Händlers an der Einhaltung des Festpreises überwiegt, besagt dies noch wenig darüber, in welchem Umfang er sich bemühen wird, Preisunterbietungen seiner Mitbewerber zu erfahren und zu unterbinden.

Das Interesse des preisbindenden Herstellers an der Erhaltung des Preisbindungssystems ist klar, daß der Händler ist zweifelhaft. Ob Preisbindungsverstöße bemerkt und auch gemeldet werden, ist deshalb unsicher.

Zudem müßte die Befragung aller gebundenen Einzelhändler in kurzen Abständen erfolgen, damit eine schnelle Ent-

deckung möglich wäre. Die dadurch verursachten Kosten ständen in einem krassen Mißverhältnis zur erzielten Sicherheit. Die auftretenden Kosten können allerdings dadurch geringer gehalten werden, daß der Hersteller im Preisbindungsrevers alle Abnehmer verpflichtet, bekannt werdende Verstöße unverzüglich zu melden. Diese Verpflichtung macht indes die Entdeckung der Preisunterbietungen keineswegs wahrscheinlicher.
Es bleibt immer zweifelhaft, ob und wann die Mitbewerber die Unterpreisverkäufe bemerken, und ob sie den Preisbinder benachrichtigen.
Als einziges Überwachungsmittel ist die Befragung der Einzelhändler und bzw. oder die Verpflichtung zur Meldung bekannt-werdender Verstöße demnach zu unsicher und meist zu langsam.[1]
Als zusätzliche Sicherungsmaßnahme zur Gewährleistung der tatsächlichen Lückenlosigkeit ist die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Preisbindungsrevers sinnvoll.

b) Umfrage bei Kunden

Weiter kann der Hersteller zur Aufdeckung von Preisbindungsverstößen die Kunden seiner gebundenen Abnehmer befragen.
Diese Form der Überwachung ist jedoch mit vielen Nachteilen verbunden.
Es gibt viele Waren, die nur selten -u.U. sogar nur einmal- gekauft werden. Bei diesen ist die Befragung der Verbraucher zur Entdeckung von Preisunterbietungen höchst unsicher. Auch können Endverbraucher Unterschreitungen des vorgeschriebenen Festpreises nur dann feststellen, wenn dieser ihnen bekannt oder zumindest bei dem Einkauf erkennbar gewesen ist. Der vorgeschriebene Verkaufspreis wird zwar regelmäßig auf die Verpackung der Ware gedruckt, ob aber die Kunden die Abweichung vom gebundenen Preis bemerken ist durchaus zweifelhaft.

---

1) Im Ergebnis zust. die h.M.; OLG Hamburg WUW/E OLG 515, 517; LG Dortmund WUW/E LG/AG 205, 206; Baumbach-Hefermehl § 1, 378; ähnl. BGHZ 40, 135,141,147(Trockenrasierer).

Weiter darf nicht vergessen werden, daß die Anzahl der Endverbraucher unübersehbar ist und daher sogar Repräsentativumfragen erhebliche finanzielle Aufwendungen verursachen und ziemlich lange dauern.

Periodische Meinungsumfragen sind zur rechtzeitigen Aufdeckung von Preisbindungsverstößen ungeeignet, da eine Befragung nicht schnell genug durchführbar ist und die erzielten Ergebisse zu unsicher sind.

An Stelle der periodischen Gesamtumfragen ist möglich, bei "verdächtigen" Händlern gezielt die Kundschaft zu befragen. Wenn jedoch der Preisbinder abwartet, bis Verdachtsmomente bestehen, kann es zu einem Eingreifen bereits zu spät sein.

Auch diese Überwachungsmaßnahme ist daher zur Erhaltung der Lückenlosigkeit nicht sonderlich geeignet, da ein gezieltes Eingreifen erst spät möglich wird.

Unter Umständen kann allerdings die Kundenbefragung ein notwendiges und angemessenes Mittel zur Aufdeckung von Preisbindungsverstößen sein. Sie ist z.B. dann notwendig und angemessen, wenn die gebundenen Händler ihre Abnehmer genau kennen oder die Unterschreitung des gebundenen Preises geschickt verschleiern.

Als zusätzliche Überprüfungsmaßnahme kann eine Kundenbefragung durchaus nützlich sein. Falls sie das einzige Kontrollmittel darstellt, ist die Erhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit zwar möglich, aber keineswegs gesichert.

c) Überprüfen der Veröffentlichungen

Als weitere Maßnahme zur allgemeinen Information über das Funktionieren einer Preisbindung kommt die Überprüfung der Veröffentlichungen in Betracht.
Nach Schnelligkeit und Sicherheit der Information, müssen zwei Gruppen von Veröffentlichungen unterschieden werden.

Monographien und Zeitschriftenaufsätze befassen sich mit Preisbindungsverstößen meist nur allgemein und erscheinen erst einige Zeit nach der Entdeckung der Verstöße. Artikel und Annoncen in Tageszeitungen sind demgegenüber konkreter und aktueller.

Zur rechtzeitigen Entdeckung von Preisunterbietungen sind daher Monographien und Zeitschriftenaufsätze regelmäßig ungeeignet. Werden die Preisbindungsverstöße erst hierdurch entdeckt, ist es zur Wiederherstellung der Lückenlosigkeit des Systems meist zu spät.

Zeitungsartikel und Annoncen können demgegenüber ein taugliches Mittel zur Aufdeckung von Preisunterschreitungen sein. Doch werden die Händler nur selten die Unterbietung gebundener Preise offen ankündigen und dadurch dem Hersteller die Möglichkeit geben, jede Unterschreitung des Festpreises von vornherein unmöglich zu machen.

Daher ist die Überprüfung der Tageszeitungen als zusätzliche Maßnahme geeignet. Als einziges Mittel zur Sicherstellung der Lückenlosigkeit des Systems ist dies unzureichend, da die Aufdeckung der Mehrzahl der Verstöße nicht gewährleistet ist.

d) Zusammenfassung

Die dargestellten Maßnahmen zur allgemeinen Information des Preisbinders sind unsicher und meist auch kostspielig. Ob und wann auftretende Preisbindungsverstöße festgestellt werden, bleibt zweifelhaft. Eine wirksame und zuverlässige Überwachung wird auf diesem Wege nicht erreicht. Als zusätzlich Überwachungsmaßnahmen können sie zur Gewährleistung der tatsächlichen Lückenlosigkeit des Systems beitragen. Ob und welche Maßnahmen im konkreten Einzelfall zur lückenlosen Durchsetzung der Preisbindung erforderlich sind, entscheidet sich nach Warenart, Abnehmerkreis u.v.a.m.; allgemeingültige Maßstäbe gibt es nicht und kann es nicht geben.[1)]

3) Besondere Überwachungsmaßnahmen

Hierher gehören Maßnahmen, die eine gezielte Überwachung einzelner Händler zulassen.

a) Einsicht in die Bücher und Geschäftsunterlagen [1)]

Als erstes ist zu prüfen, ob die Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen der Händler eine geeignete Maßnahme zur rechtzeitigen Aufdeckung von Preisbindungsverstößen darstellt.
Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist, daß sich die Unterbietung des Festpreises aus den Geschäftsbüchern entnehmen läßt. Nur dann ist die Einsicht in die Bücher zur Aufrechterhaltung der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems geeignet.
Hieran bestehen bereits erhebliche Zweifel, da die Aufzeichnungen unklar oder falsch geführt sein können. Auch genügt eine geschickte Verschleierung der Preisunterbietungen . In allen diesen Fällen läßt sich der Preisbindungsverstoß aus den Büchern nicht entnehmen.
Der Händler hat u.a. die Möglichkeit, bei Absatz an "Endverbraucher" diese als "Wiederverkäufer" aufzuführen oder bei Verkauf preisgebundener Markenwaren andere Artikel unentgeltlich oder verbilligt zuzugeben.

Die Einsicht in die Geschäftsunterlagen ermöglicht daher nicht immer die Entdeckung der Preisbindungsverstöße. Betreibt ein Händler die Unterpreisverkäufe in großem Stil, steht zu erwarten , daß er die Preisunterbietungen in irgendeiner Form verschleiert.

---

1) Gleiss/Hootz Anm. NJW 1963, 1505, 1506; Baumbach-Hefermehl § 1, 378; ähnlich LG Dortmund WUW/E LG/AG 205, 206 ff.

---

1) Vgl. im einzelnen BGHZ 43, 359, 361 ff.(Warnschild); OLG Koblenz WRP 1964, 94, 97; OLG Hamm NJW 1963, 1505 ff.; Gleiss/Hootz NJW 1963, 1505, 1506; Baumbach-Hefermehl § 1, 372, 378; Koenigs JuS 1965, 384,386/87; Lutz MA 1963, 743,746;1964, 587, 591; BKartA WRP 1966, 111 ff.

Außerdem kann der Händler die Einsicht in die Geschäftsunterlagen zumindest zeitweilig verhindern und damit als Überwachungsmaßnahme wertlos machen, indem er die Bucheinsicht verweigert oder aber seine Unterlagen nur mit Verzögerung vervollständigt.[1)]
Die Einsichtnahme bzw. die vollständige Auskunft müßte im Klagewege erzwungen werden, was die Wirksamkeit dieser Überwachungsmaßnahme wegen des Zeitverlustes praktisch ausschaltet.

Als Ausweg bietet sich an, von der Verweigerung der Einsichtnahme auf einen Preisbindungsverstoß zu schließen und deshalb den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Preisunterbietungen zu beantragen, die vereinbarte Vertragsstrafe einzuklagen und eine Liefersperre zu verhängen.
Jeder Händler kann jedoch die Einsicht in seine Geschäftsunterlagen auch aus anderen Gründen, z.B. aus Geheimhaltungsinteresse, untersagen.
Von einer Verweigerung der Bucheinsicht kann demnach nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit auf einen Preisbindungsverstoß geschlossen werden, Auch könnten die Händler die Eintragungen einfach verzögern und sich auf Zeitmangel oder Überarbeitung berufen.

Weiter darf nicht vergessen werden, daß gegenüber Außenseitern ein Anspruch auf Einsicht in die Geschäftsunterlagen lediglich in Ausnahmefällen besteht. Nur wenn nachweislich eine Unterbietung des Festpreises vorliegt oder ein dahingehender begründeter Verdacht gegeben ist, ist ein Auskunftsanspruch (als Teil des Schadensersatzanspruches) denkbar.[2)]

Selbst wenn also die Voraussetzungen für die Ausübung eines vertraglichen Bucheinsichtsrechts sehr gering sind und die Gewährung der Einsichtnahme durch Vertragsstrafeversprechen und Liefersperreandrohung abgesichert ist, kann das Auftreten von Lücken nicht verhindert werden.

1) Der BGH aaO, S. 362 unten geht m.R. davon aus, daß "im Streitfall meistens mit der Verweigerung der Bucheinsicht gerechnet werden müßte".
2) Vgl. im einzelnen oben S.103 ff.(gelten entsprechend).

Weiter ist zu prüfen, ob Preisbinder und Händlern die Verpflichtung zur Vereinbarung eines Bucheinsichtsrechts zumutbar ist.[1)]

Sinn jeder Überwachung ist es , daß dem Preisbinder erhebliche Lücken bzw. Durchbrechungen seines Systems nicht längere Zeit verborgen bleiben dürfen. Umfang und Form der Überwachung müssen sich deshalb an den jeweiligen Erfordernissen des Marktes ausrichten. Eine generelle Verpflichtung des Preisbinders, sich ein Bucheinsichtsrecht vorzubehalten und auszuüben, erscheint aus diesem Grunde zweifelhaft.[2)]

Außerdem erfordert die Kontrolle der Geschäftsunterlagen aller Händler durch vereidigte Buchsachverständige oder zur Verschwiegenheit verpflichtete Treuhänder einen erheblichen finanziellen Aufwand. Die dadurch erzielte Sicherheit ist relativ gering, da die Einsichtnahme in die Bücher verweigert, verzögert oder durch Verschleierung der Preisbindungsverstöße nutzlos gemacht werden kann. Finanzieller Aufwand und erzielter Erfolg stehen demnach in einem Mißverhältnis. Dies wird besonders deutlich, wenn die Überwachungsmaßnahmen für einen einzigen Artikel angewendet werden müßten.

Generell vom preisbindenden Hersteller zu verlangen, er solle sich im Preisbindungsrevers ein Recht auf Bucheinsicht zusichern lassen und die Geschäftsunterlagen -zumindest der Großhändler- ständig kontrollieren, bedeutet eine unnötige Überspannung der Überwachungsanforderungen und ist daher dem Preisbinder nicht zumutbar.[3)]

---

1) Das OLG Hamm NJW 1963, 1505, 1507 verpflichtet den preisbindenden Hersteller, sich in jedem Preisbindungsrevers das Recht auf Einsicht in die Bücher einräumen zu lassen und dieses auch tatsächlich auszuüben.
2) Im einzelnen dazu Gleiss/Hootz NJW 1963, 1505, 1506.
3) Im Ergebnis zustimmend BGH aaO; OLG Koblenz aaO; Lutz aaO; Gleiss/Hootz aaO; Baumbach-Hefermehl aaO; a.A. OLG Hamm aaO.

Gegen eine Überwachung durch Bucheinsicht sprechen außerdem erhebliche Interessen der Großhändler. Der Großhandel wie der Einzelhandel haben ein begründetes Interesse an der Geheimhaltung ihrer sonstigen Geschäftsbeziehungen.[1] Bei Bekanntwerden der Abnehmer besteht die Gefahr, daß der Preisbinder hinsichtlich deren Auswahl auf den Großhändler Druck ausübt oder zumindest eine gewisse Einflußnahme versucht.

Bei der Überprüfung der Bücher durch vereidigte Buchprüfer ist zwar die Verletzung des Berufsgeheimnisses in § 300 StGB unter Strafe gestellt, dennoch läßt sich nicht mit absoluter Sicherheit ausschließen, daß der preisbindende Hersteller auf diesem Wege u.U. gewisse Informationen erhält.[2] Auch ist die laufende Kontrolle der Bücher für den Händler nicht gerade angenehm. Der Preisbinder kann daher nur verlangen, daß der gebundene Händler bei konkretem Verdacht nachweist, daß alle Abnehmer ordnungsgemäß gebunden worden sind. Wie dieser Nachweis im einzelnen erfolgt, sollte dem Großhändler überlassen bleiben.

Es besteht kein Anlaß, auch bei Fehlen von Verdachtsmomenten eine dauernde Überprüfung zu verlangen oder zuzulassen. Eine generelle Verpflichtung zur Gewährung von Bucheinsicht erscheint dem Großhändler nicht zumutbar.

Als Ergebnis ist festzuhalten, das Recht auf Einsicht in die Geschäftsunterlagen ist ein unsicheres und daher unzweckmäßiges Mittel zur Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems.

---

1) BGH aaO, S. 363; Baumbach-Hefermehl § 1, 378. Da die Händler in aller Regel doppelte Buchführung anwenden, beschränkt sich die erforderliche Kontrolle selbstverständlich auf die in Betracht kommenden Konten und ergreift keineswegs die Gesamtbuchführung.

2) Das BKartA aaO, S. 114 glaubt das sicher ausschließen zu können, m.E. zu Unrecht.

Preisbinder und gebundenen Händlern erscheint es nur ausnahmsweise und nicht generell zumutbar, das Recht und die Pflicht auf Bucheinsicht vorzuschreiben.
Wenn keine anderen Sicherungsmöglichkeiten bestehen, ist es erwägenswert, die Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen als unentbehrliches Überwachungsmittel anzusehen.[1]
Besser erscheint es allerdings, vorrangig andere Schutzmöglichkeiten anzuwenden. So besteht z. B. die Möglichkeit, die Handelsspanne gering zu halten, um den Anreiz zu Durchbrechungen zu vermindern; nur wenige, territorial gestreute Großhändler zu beliefern oder aber den Zwischenhandel ganz auszuschalten. Weiter ist im bestimmten Umfang eine Kundenbefragung wertvoll.

Als Begründung für eine Ablehnung des Bucheinsichtsrechts ist nicht überzeugend, wenn man sich auf die grundsätzliche Vertragstreue der Großhändler beruft.[2]
Man kann nicht unterstellen, daß die Vertragstreue der Großhändler generell größer ist als die der Einzelhändler. Eine Verletzung des Preisbindungsreverses kann in der Regel nur dann gewinnbringend gestaltet werden, wenn Großhändler beim Vertragsbruch mitwirken, da lediglich erhebliche Preisunterschreitungen den Verbrauchern auffallen. Erhebliche Preisunterbietungen können nur Großhändler und Großabnehmer ohne Verlust kalkulieren.

b) Durchführung von Testkäufen

Als weitere Maßnahme zur Sicherstellung der tatsächlichen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems kommt die ständige Durchführung von Testkäufen in Frage.
Hierunter versteht man den gezielten Ankauf preisgebundener Erzeugnisse durch -nach außen nicht erkennbare- Beauftragte des preisbindenden Unternehmens.

---

1) So das BKartA aaO mit ausführlicher Begründung.
2) So aber Baumbach-Hefermehl § 1, 372, 378; Lutz MA 1963, 743, 746.

Da sich die Preisunterbietungen regelmäßig in aller Stille vollziehen[1], und der preisbindende Hersteller weder allwissend noch allgegenwärtig ist, bleibt zur Überprüfung der Preiseinhaltung meist kein anderer Weg, als die Vertragstreue der Händler planmäßig auf die Probe zu stellen.[2]

Testkäufe sind als Maßnahmen zur Kontrolle der Vertragstreue und damit zur Aufrechterhaltung der lückenlosen Durchsetzung der Preisbindung geeignet, wenn alle erheblichen Preisbindungsverstöße auf diesem Wege schnell und sicher festgestellt werden können.
Erheblich sind solche Verstöße, die wegen ihrer zeitlichen Dauer oder ihres territorialen Ausmaßes eine wesentliche Gefährdung der Preisbindung darstellen. Solange das Ausmaß der Preisbindungsverstöße beschränkt bleibt, bilden sie keine ernste Gefahr für den Bestand des Preisbindungssystems. Diese Verstöße sind daher für die tatsächliche Lückenlosigkeit des Systems von untergeordneter Bedeutung; sie beeinträchtigen die gebundenen Händler nur unwesentlich.
Ob Probekäufe als Überwachungsmaßnahmen geeignet sind, entscheidet sich also danach, in welchem Umfang und mit welcher Schnelligkeit und Sicherheit längerdauernde oder in großem Ausmaß stattfindende Preisunterbietungen entdeckt werden und entdeckt werden können.
Wie schnell und mit welcher Wahrscheinlichkeit Unterbietungen des vorgeschriebenen Preises festgestellt werden können, hängt vornehmlich von der Anzahl der durchgeführten Kontrollkäufe ab.

Die notwendige Anzahl der Testkäufer, die angemessene Streuung ihres Einsatzes sowie die Häufigkeit der Überprüfung einzelner Händler ist eine Frage des Einzelfalles die nicht generell behandelt werden kann.

---

1) Nur Großunternehmen werden die geplante Unterbietung des Festpreises durch Werbemaßnahmen ankündigen. Sie lassen es auf einen gerichtlichen Kampf mit dem Hersteller ankommen, um auf diese Weise noch mehr Kunden anzulocken. Der Regelfall ist das jedoch nicht.
2) So treffend Meyer MA 1962, 431, 432.

Für den gezielten Einsatz von Testkäufern ist u. a. von Bedeutung: Höhe des Umsatzes, belieferte Handelsstufe, Form des Verkaufs (Einzelhändler, Selbstbedienungsmarkt, Kaufhaus etc), Warenart, Höhe der Handelsspanne, Publikumsinteresse und Preisbewußtsein. Besonders wichtig ist, daß unzuverlässige Händler laufend überprüft werden. Auch muß bei Verdacht von Verstößen der Einsatz der Kontrollpersonen verschärft werden.

Falls die Probekäufe in genügender Anzahl und mit gezielter Streuung erfolgen, ist wahrscheinlich, daß größere Verstöße alsbald entdeckt werden.

Die Durchführung von Testkäufen ist somit eine g e e i g n e t e Maßnahme, um die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der tatsächlichen Lückenlosigkeit zu gewährleisten.

Aus der Art der Überwachung ergeben sich zusätzliche Vorteile.
Die Überprüfung erfolgt unauffällig, da der Beauftragte des Preisbinders sich durch nichts von einem normalen Kunden unterscheidet. Jeder Händler muß also ständig damit rechnen, daß irgendein Käufer ein Beauftragter des preisbindenden Herstellers ist. Dies steigert die Effektivität der Überwachung erheblich. Auch ist eine Erschwerung oder Ausschaltung der Kontrollen schwierig, da der Testkäufer sowohl auf Verschleierungsvorschläge eingehen als auch andere Kunden unverfänglich nach billigen Einkaufsquellen oder Einkaufstips befragen kann. Weiter kommt hinzu, daß der Geschäftsbetrieb der Händler bei dieser Art der Überwachung in keiner Weise gestört wird und alle berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Handels gewahrt sind.

Zu prüfen bleibt, ob die Kontrolle durch Testkäufe dem preisbindenden Hersteller und den einzelnen Händlern zumutbar ist.

Da andere Überwachungsmaßnahmen die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit nicht sicher gewährleisten , ist die Überprüfung durch Testkäufer notwendig. Die finanziellen Aufwendungen für Aufbau und Durchführung eines Testkaufsystems sind nicht übermäßig.
Wie die Überwachung im einzelnen organisiert wird, ob örtlich ansässige Verbraucher, Angestellte des preisbindenden Unternehmens oder Beauftragte eines Treuhandbüros die Probekäufe vornehmen, entscheidet sich meist nach den auftretenden Kosten. Um Kosten zu sparen ist es z. B. auch möglich, daß ein Treuhandbüro die Überwachung für viele preisbindende Unternehmen gemeinsam übernimmt und durchführt.
Aufzuwendende Kosten und Erfolgsaussicht stehen somit in einem angemessenen Verhältnis. Daher ist die Überwachung durch Probekäufe dem Preisbinder zumutbar.

Durch Eröffnung oder Unterhaltung eines Geschäftsbetriebes für den allgemeinen Verkehr bringt der Händler zum Ausdruck, daß er zum Verkauf an alle bereit ist, die zahlungsfähig und zahlungswillig sind.[1] Andere Eigenschaften seiner Kunden, Motive für den Kaufentschluß, Verwendungszweck, tatsächliche Verwendung der Ware und anderes mehr ist für den Verkäufer bei Bargeschäften des täglichen Lebens nur von untergeordneter Bedeutung.[2]
Für die gewerbliche Abwicklung des Geschäfts ist es uninteressant, ob der Käufer, Auftraggeber und Konsument eine einzige oder verschiedene Personen sind und welche inneren Motivationen für den Kauf bestehen oder bestanden haben.
Ein anzuerkennendes Interesse des Händlers, Anlaß und Zweck des Kaufes oder den Auftraggeber zu erfahren, besteht nicht.[3]

---

1) Daneben gibt es Geschäftsbetriebe, die nur an einen bestimmten Personenkreis verkaufen (z.B. nur an Wiederverkäufer, Beamte, eigene Angestellte).
2) OLG Hamm MA 1965, 27, 28.

Da der Geschäftsbetrieb durch Probekäufe in keiner Weise gestört oder beeinträchtigt wird, ist dem Handel die Duldung von Testkäufen zuzumuten.
Die Überwachung durch Testkäufer ist also zur Sicherung der tatsächlichen Lückenlosigkeit geeignet und notwendig sowie Preisbinder und Händlern zumutbar.
In Rechtsprechung [1] und Rechtslehre [2] ist anerkannt, daß die Überprüfung durch Testkäufe das entscheidende Kontrollmittel für eine lückenlose Durchsetzung der Preisbindung darstellt. Es gibt zur Zeit keine andere Kontrollmethode, die die tatsächliche Lückenlosigkeit garantieren kann.[3] Eine Überwachung durch Testkäufer ist daher immer notwendig. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Tatsache, daß die Kontrolle durch Probekäufer allgemein üblich ist und ständig angewendet wird.

---

3) Im Ergebnis zust. BGH DB 1966, 1o12 (Hausverbot); BGHZ 43, 359, 367 (Warnschild); OLG Hamm aaO; Helle Anm. NJW 1963, 1o22, 1o23; Dietze Anm. GRUR 1966, 566,567; ähnlich Meyer MA 1962, 431, 437; Hanack JuS 1964, 352, 354. Als Begründung wird meist angeführt: Der Händler habe durch Eröffnung der Geschäftsräume für den allg. Verkehr zu erkennen gegeben, daß er zum Verkauf der ausgelegten Ware ohne Rücksicht darauf bereit sei, welche Zwecke der Käufer mit dem Erwerb der Ware verfolge.

---

1) BGH DB 1966, 1o12 (Hausverbot); BGHZ 43, 359, 368 (Warnschild); 4o, 135, 141 (Trockenrasierer), st. Rspr; OLG Hamm MA 1963, 7o; OLG Düsseldorf Der Wettbewerb Nr. 2/1957, S. 13; OLG Frankfurt MA 1965, 445, 446; OLG Hamburg MA 1964, 795, 796; 1965, 78; ähnlich OLG Celle WRP 1965, 186; OLG Bamberg MA 1966, 584, 586; LG Hamburg MA 1962, 758; WRP 196o, 218, 22o; LG Berlin GRUR 1961, 198, 199 ; OGH Wien MuW 1929, 4o1, 4o2.
2) Baumbach-Hefermehl § 1, 378, 38o; Schwartz (GK) § 16, 83; Rasch/Westrick § 16, 26; Meyer MA 1962, 431, 432, 44o, 442; Helle aaO, S. 1o22; Pehle MA 1966, 245,246; Lutz MA 1964, 587, 595; 1965, 521, 524; Hartmann WRP 1963, 351; Rinck (Wirtschaftsrecht) Rdnr. 749; Gutachten BB 1964, 9o2.
3) Die Überwachung durch Testkäufer kann durch Aufgabe des Erfordernisses der Lückenlosigkeit oder Entdeckung anderer Kontrollmaßnahmen überflüssig werden. Bei dem heutigen Rechtszustand ist eine ordnungsmäßige Kontrolle ohne Testkäufe nicht möglich.

4) Zusätzliche Überwachungs- und Schutzmöglichkeiten

Die hier behandelten Schutzmöglichkeiten genügen für sich allein niemals. Sie erleichtern lediglich die Überwachung und ermöglichen gezielte Abwehrmaßnahmen, nachdem durch Testkäufe oder andere Kontrollmittel Lücken im System festgestellt sind.

a) Nummerierung der ausgelieferten Waren

So besteht z. B. die Möglichkeit, auf sämtliche Waren Kontrollnummern oder sonstige Kontrollzeichen aufzudrukken und diese bei Auslieferung an die Händler in einer Lieferliste zu vermerken.
Auf diese Weise ist jederzeit feststellbar, welcher Verkäufer (gebundene Zwischenhändler) die beim Testkauf erstandene Ware geliefert hat.
Die Verwendung von Kontrollnummern ermöglicht somit eine schnelle Entdeckung des vertragsbrüchigen Zwischenhändlers. Durch Kennzeichnung der Ware wird also der risikolose Vertragsbruch erheblich erschwert sowie Aufdeckung und Schließung der auftretenden Lücken erleichtert.

Sind die aufgedruckten Kontrollzeichen beseitigt oder unkenntlich gemacht, so spricht eine Vermutung für die Beschaffung der Markenware unter bewußter Verletzung des Preisbindungsreverses. Der Händler, der solche Waren in seinem Geschäftsbetrieb zum Verkauf anbietet, handelt in der Regel unlauter, auch wenn er im konkreten Fall den vorgeschriebenen Festpreis einhält.[1)]

Die Kennzeichnung der Markenware ist bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs aufwendig. Auch wird bei einer großen Abnehmerzahl die Listenführung und Kontrolle schwierig wenn nicht undurchführbar.
Daher ist bei Massenartikeln diese Kontrollmaßnahme dem Hersteller nur bedingt zumutbar.

---

1) Die bewußte Ausnutzung fremden Vertragsbruches zum eigenen Vorteil (Sortimentserweiterung) verstößt in der Regel gegen § 1 UWG .

Zur Erleichterung der Überwachung und zur Absicherung des Preisbindungssystems ist die Nummerierung der ausgelieferten Waren von erheblichem Wert, so daß diese Kontrollmaßnahme möglichst angewendet werden sollte. Zur Verstärkung des Schutzes ist sinnvoll, den Abnehmern aufzuerlegen, die Kontrollnummern der Waren in Lieferlisten und Geschäftsbüchern zu vermerken.

b) Auslieferung direkt an den Einzelhandel

Weiter ist denkbar, zum Schutze des Systems den Großhandel auszuschalten und direkt an den Einzelhandel zu liefern.
Auf diesem Wege wird der Weiterverkauf an Außenseiter unwahrscheinlich, da für beide Händler nur eine Handelsspanne zur Verfügung steht. Mit dieser Maßnahme wird demnach der Anreiz zu Preisunterbietungen erheblich herabgesetzt.
Eine Direktbelieferung der letzten Handelsstufe ist jedoch bei Massenartikeln mit großem Abnehmerkreis für den Hersteller meist undurchführbar, zumindest ist sie aber mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verknüpft.

c) Belieferung regional zuständiger Großhändler

Schließlich sei als Mittel zur Förderung der Überschaubarkeit des Marktes, die Belieferung regional zuständiger Großhändler genannt.
Ohne erhebliche Transportaufwendungen kommt dann immer nur ein bestimmter Zwischenhändler in Frage. Hierdurch wird dem Großhandel die Zusammenarbeit mit Außenseitern erschwert, da das Risiko der Entdeckung vergrößert ist. Doch auch diese Gestaltung des Vertriebsnetzes ist nicht für alle Markenartikel geeignet.

5) Ergebnis

Zur Gewährleistung der tatsächlichen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems ist es möglich, ein eigenes Vertriebsnetz aufzubauen, nur Regieläden zu beliefern oder die Ware lediglich "in Kommission" abzugeben.

Falls diese Sonderformen des Vertriebs wegen der Warenart oder der Größe des preisbindenden Unternehmens nicht geeignet erscheinen, ist die Überwachung des Vertriebssystems durch Testkäufe sowie unter Umständen durch Einsichtnahme in die Geschäftsbücher notwendig und angemessen. Als zusätzliche Kontrollmaßnahmen sind Kennzeichnung der ausgelieferten Waren und überschaubares Vertriebsnetz sinnvoll sowie empfehlenswert, nicht aber unumgänglich.

III. ÜBERWACHUNG DURCH TESTKÄUFE

1) Allgemeines

Wie oben gezeigt, [1] ist die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems in der Regel nur dann gewährleistet, wenn das preisbindende Unternehmen die Vertragstreue seiner Abnehmer ständig durch Testkäufe überwacht. Eine Vermutung für die lückenlose Durchsetzung des Systems kann demnach -nach allgemeiner Lebenserfahrung- nur bestehen, wenn die Durchführung der Preisbindung laufend durch Kontrollkäufe nachgeprüft wird. Testkäufe sind zur Kontrolle deshalb besonders geeignet, weil der Handel nicht erkennen kann, wann und worauf er überprüft wird. Der einzelne Händler kann daher die Kontrolle nicht ausschalten.

Kontroll- und Probekäufe werden nicht nur zur Überwachung von Preisbindungssystemen sondern von den verschiedensten Personenkreisen und zu mannigfachen Zwecken vorgenommen.[2] Sie entsprechen den verschiedenartigsten Bedürfnissen und dienen der Kontrolle von Ware[3] und Händler[4] zum Schutze der Allgemeinheit oder einzelner.

---

1) Vgl. im einzelnen oben S. 113 ff., bes. 116-136.
2) So m.R. BGHZ 43, 359, 366 f. (Warnschild).
3) Die Überprüfung der Ware ist möglich z.B. hinsichtlich Beschaffenheit, Preiswürdigkeit, Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, Eigenschaften, Verpackung.

Die von dem preisbindenden Unternehmen durchgeführten Testkäufe sollen feststellen, ob die Händler die festgesetzten Preise unterschreiten oder nicht.
Die Preisunterbietung bei eigenem Vertragsbruch oder bewußter Ausnutzung eines fremden Vertragsbruches ist wettbewerbswidrig und unlauter. Daher dient die Überprüfung der Händler nicht nur der Sicherung des Preisbindungssystems, an der Hersteller, Handel und Verbraucherschaft interessiert sind, sondern u.a. auch der Erhaltung der Lauterkeit im Wettbewerb und damit der Förderung des Leistungsprinzips. Diese Auswirkung der Testkäufe liegt im Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit.[1] *Nur bei Einhaltung gewisser Wettbewerbsregeln kann die Ordnungs- und Auslesefunktion des freien Wettbewerbes richtig und angemessen zur Geltung kommen.*

2) Argumente gegen die Zulässigkeit von Testkäufen

a) Privatpolizeiliche Befugnisse

Gelegentlich wird gegen die Zulässigkeit von Testkäufen eingewandt, die Überwachung durch Kontrollkäufer sei eine Art privatpolizeilicher Hausdurchsuchung und gehe über die polizeilichen Befugnisse bei der Verfolgung strafbarer Handlungen hinaus.[2] *Dies zeige sich besonders daran, daß auch solche Händler durch Probekäufe überprüft werden, die gar keine Ware des preisbindenden Unternehmens führen.*[3]

4) Das Verhalten der Händler ist u.a. überprüfbar hinsichtlich Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, über Preis, Aufbewahrung, Sauberkeit der Geschäftsräume, Zusammensetzung der verkauften Ware, Gewährung von Rabatten, Zugaben u.ä. sowie auf Beachtung der Regeln des lauteren Wettbewerbs.

---

1) Ähnl. Meyer MA 1962, 431, 439.
2) So z.B. OLG Hamm WUW/E OLG 599, 601; OLG Köln (als Berufungsgericht) zitiert nach BGH WRP 1966, 312, 313 (Hausverbot) siehe auch die in BGHZ 43, 359, 365 (Warnschild) genannte Ansicht des Beklagten.
3) OLG Hamm aaO, S. 600, 601.

Die angeführten Argumente können die Zulässigkeit von Testkäufen nicht in Frage stellen.
Es kann keine Rede davon sein, daß dem Hersteller bei der Zulassung von Kontrollkäufen Befugnisse verliehen würden, die weitergehen als diejenigen der Polizei bei der Verfolgung strafbarer Handlungen, denn der Testkäufer tut grundsätzlich nichts anderes als jeder andere Käufer auch.[1] *Mit der Eröffnung des Geschäfts für den allgemeinen Verkehr bringt der Händler erkennbar zum Ausdruck, daß er die bereitgehaltene Ware an jeden beliebigen Kunden verkaufen will. Der Zweck des Einkaufs sowie die Person des Verbrauchers ist für den Einzelhändler bei Bargeschäften des täglichen Lebens gleichgültig.*[2] *Daher kann grundsätzlich jede Privatperson sowie jeder Polizeibeamte*[3] *in allen für den allgemeinen Verkehr geöffneten Verkaufsstellen die bereitgehaltene Waren erwerben oder nach bestimmten Artikeln fragen. Das gleiche gilt für Testkäufer, die als normale Kunden auftreten, um auf diesem Wege das alltägliche Wettbewerbsverhalten festzustellen und zu erproben. Mit Anmaßung oder Ausübung polizeilicher Befugnisse hat dies nichts zu tun, da die Kontrollperson als Kunde kommt und den Gewerbebetrieb in keiner Weise beeinträchtigt. Die Überprüfung durch Kontrollkäufe ist für den Betroffenen solange ungefährlich, wie er die vertraglich festgesetzten Preise einhält oder die preisgebundene Markenware in seinem Geschäft gar nicht führt. Für vertragsgemäß und wettbewerbskonform Handelnde ist daher die Durchführung von Probekäufen eher vorteilhaft. Unangenehme Folgen kann ein Testkauf nur für solche Händler haben, die preisgebundene Artikel unter dem Festpreis verkaufen und damit wettbewerbswidrig handeln.*

---

1) So m.R. BGH DB 1966, 1012.
2) Vgl. im einzelnen oben S. 132 f. m.N.
3) Hierbei ist gleichgültig, ob der Einkauf zur Ausübung von Hoheitsaufgaben gehört oder außerdienstlich erfolgt.

Wird durch den Probekauf eine Preisunterbietung festgestellt, muß das preisbindende Unternehmen unverzüglich gegen den betreffenden Händler vorgehen, um das System lückenlos und damit rechtswirksam zu erhalten.[1] *Als Maßnahmen des Herstellers kommen u.a. in Betracht: Abmahnung, Liefersperre, Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, Geltendmachung der verfallenen Vertragsstrafe und Klage auf Schadensersatz. Mit einer 'Strafbefugnis' des Herstellers haben diese Gegenmaßnahmen nichts zu tun. Sie dienen vielmehr der Aufrechterhaltung des Preisbindungssystems sowie dem Ausgleich des entstandenen Schadens. Wie oben bereits ausgeführt,*[2] *ist die Aufdeckung von Preisunterbietungen auch durch Kundenbefragungen möglich. Da jedoch bestimmte Artikel nur selten gekauft werden, und der Händler ständig vor neue Situationen gestellt wird, kann lediglich eine dauernde und umfangreiche Befragung die Entdeckung der Preisunterbietungen einigermaßen sicher gewährleisten. Die gleichen Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Preisbinder bestimmte Kunden jedes Einzelhändlers veranlaßt, die aufgewendeten Markenartikelpreise oder die Abweichung vom vorgeschriebenen Festpreis an ein mit der Überwachung beauftragtes Treuhandbüro mitzuteilen. Beide Formen der Überwachung sind meines Wissens noch niemals beanstandet worden. Sie sind jedoch unsicher und relativ teuer. Sicherer und wesentlich billiger ist die planmäßige Durchführung von gezielten Testkäufen durch Angestellte eines mit der Überwachung beauftragten Treuhandbüros. Dies ergibt sich aus dem einzigen wesentlichen Unterschied zu den obigen Maßnahmen. Die Testkäufe werden gezielt durchgeführt im Gegensatz zu den allgemeinen Befragungen oder generellen Mitteilungen nach dem durchgeführten Einkauf.*

---

1) *Nach h.M. ist nur die Durchsetzung der Preisbindung gefährdet; die Rechtswirksamkeit soll unberührt bleiben. Bei den Auswirkungen bestehen im praktischen Ergebnis nur selten Unterschiede.*

2) *S. 122 f.*

Bei der Durchführung von Testkäufen können also u. a. berücksichtigt werden: die Höhe des Warenumsatzes, die bestehende Gefährdung, die soziologische Schichtung der Bevölkerung, das landschaftlich bedingte Konsumbedürfnis. Auf diesem Wege ist eine angemessene Kontrolle schon mit relativ geringem Aufwand möglich, da sich die Anzahl der Kontrollen an Umsatz und Verdachtsmomenten orientieren kann.
Da das Treuhandbüro meist von vielen preisbindenden Unternehmen mit der Überwachung ihrer Preisbindungen beauftragt wird, ermäßigen sich die entstehenden Kosten weiter.

Es besteht keinerlei Anlaß, die als zusätzliche "Kunden" auftretenden Testkäufer anders zu behandeln als die sonstigen Kunden.

Der Händler wird zwar seine Stammkunden meist freundlicher und zuvorkommender bedienen, doch ist er ebenfalls an der ständig wechselnden Laufkundschaft interessiert, ohne daß er den Zweck ihres Einkaufs kennt oder kennen will.
Die Summe der einmaligen oder gelegentlichen Einkäufe beeinflußt den Gesamtumsatz jedes Händlers erheblich, auch wenn der Anteil der Gelegenheitskunden von Geschäft zu Geschäft verschieden ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Die Durchführung von Kontrollkäufen setzt keine Sonderbefugnisse des Preisbinders voraus.
Insoweit bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Testkäufen.

b) Verstoß gegen die guten Sitten

Da der Testkäufer durch seinen Einkauf den Preisbindungsverstoß bewußt mitmacht, zumindest aber bei jedem Probekauf eine Preisunterbietung des Händlers in Kauf nimmt, wird er gelegentlich als "agent provocateur" bezeichnet.[1)]

1) So z.B. Johannes BB 1961, 577; BGH GRUR 1965, 607,609 (Funkmietwagen); Utescher Anm. GRUR 1965, 609/610.

Aus dieser Bezeichnung kann nicht abgeleitet werden, daß ein Kontrollkäufer sittenwidrig handelt.
Bei dieser Folgerung würde stillschweigend zweierlei vorausgesetzt:

(1) Jeder Testkäufer kann und muß als agent provocateur angesehen werden;

(2) jeder agent provocateur handelt sittenwidrig, ohne daß es auf die zur Verleitung angewendeten Mittel oder den verfolgten Zweck ankommt.

Beide Punkte sind fraglich und sollen deshalb kurz untersucht werden.

Als agent provocateur wird bezeichnet, wer andere zu einem bestimmten Verhalten provoziert, um Strafanzeige erstatten zu können oder um sich Beweismittel für ein späteres Vorgehen zu verschaffen.[1]

Der Grad der Willensbeeinflussung und die anzuwendenden Mittel sind durch das Wort "provozieren" nur grob abgegrenzt. Man könnte es u.a. umschreiben mit: herausfordern, aufreizen, hervorlocken, hervorrufen.[2]
Alle diese Begriffe kennzeichnen Merkmale einer Verleitung oder Anstiftung im Sinne von § 48 StGB; die bloße Verursachung des Verstoßes genügt nicht, vielmehr muß der Tatentschluß (durch bestimmte Mittel)[3] *bewußt hervorgerufen werden.*
Schlagwortartig kann demnach agent provocateur mit dem Wort "Lockspitzel" umschrieben werden.[4]

---

1) Ähnl. Umschreibungen Maurach AT § 15 II b3 (S.582); OGH Wien MuW 1929, 401, 402; Duden (Provokateur= jmd, der provoziert); Brockhaus Enzyklopädie grenzt enger ab (Lockspitzel, der sich im Dienste der Polizei oder anderer Personen in das Vertrauen eines Verdächtigen einschleicht, um ihn zur Offenbarung seiner Gesinnung und zum Begehen strafbarer Handlungen zu reizen).
2) Duden unter "provozieren"; ähnl. Der Große Brockhaus.
3) OGH Wien aaO nennt als Mittel: Beispiel, Aufforderung, Bestechung, Drohung. Diese Aufzählung ist nicht erschöpfend. Es genügt jedes Mittel, das einen anderen zu einer Handlung bestimmt (§ 48 StGB).
4) Allg. Meinung; BGH GRUR 1965, 607,609 (Funkmietwagen); Baumbach-Hefermehl Einl. UWG,267;Schönke-Schröder§ 48,13.

Um festzustellen, ob Testkäufer als Lockspitzel bezeichnet werden können und müssen, ist Sinn und Zweck der Überwachung sowie das Verhalten der Kontrollpersonen darzustellen.

Es ist anerkannt, daß ein gedanklich lückenlos eingeführtes Preisbindungssystem nur dann Rechtsschutz verdient, wenn es auch tatsächlich lückenlos durchgeführt ist. Da jeder einzelne Abnehmer der Markenware selbständig entscheiden kann, ob und wie er seine vertraglichen Pflichten erfüllt, ist zur Gewährleistung der lückenlosen Durchsetzung notwendig, daß die Einhaltung des gebundenen Preises ständig überprüft wird.

Die Durchsetzung einer Preisbindung ist lückenhaft, wenn der vom Hersteller vorgeschriebene Preis tatsächlich unterschritten wird. Ein Unsicherheitsfaktor im System (potentielle Lücke) besteht allerdings schon dann, wenn ein Händler Markenware erhält, ohne daß er sich zur Einhaltung des Festpreises verpflichtet hat.

Sinn und Zweck jeder Überwachung ist das rechtzeitige Erkennen dieser Lücken. Nur wenn die auftretenden Preisbindungsverstöße frühzeitig festgestellt werden, kann die tatsächliche Lückenlosigkeit der Preisbindung umgehend wiederhergestellt und eine Gefährdung des Preisbindungssystems vermieden werden. Für Art und Ausmaß der Kontrollmaßnahmen ist daher entscheidend, wie schnell und wie sicher Lücken des Systems entdeckt werden.

Durch Probekäufe soll festgestellt werden, ob der überprüfte Händler zu diesem Zeitpunkt den gebundenen Preis einhält, ob also eine Lücke besteht oder nicht. Daher muß der Testkäufer als Kunde auftreten und darf auf den Verkäufer nur in der üblichen Form einwirken.

Ein Auftreten als Lockspitzel wäre mit seiner Aufgabe als Kontrollorgan unvereinbar und stände im Widerspruch zum Zweck der Überwachung. Der Testkäufer soll bereits b e s t e h e n d e Lücken feststellen, um die Preisbindung zu sichern. Wenn er durch sein Verhalten neue Lücken herbei-

führt, gefährdet er den Bestand der Preisbindung. Die Schutzfunktion würde damit in ihr Gegenteil verkehrt. Es besteht auch keinerlei Grund, warum ein Testkäufer so handeln sollte. Die Verleitung an sich vertragstreuer Händler zu einem Preisbindungsverstoß bringt ihm lediglich Nachteile. Jede festgestellte Preisunterschreitung zwingt zu einem genauen Bericht an den Hersteller, den der Testkäufer später vor Gericht wiederholen und regelmäßig beschwören muß. Nach seiner Aussage vor Gericht (öffentlich) kann er in dieser Stadt meist nicht mehr eingesetzt werden. Dieser Mehrarbeit stehen keine Vorteile gegenüber, da Testkäufer Tätigkeits- und nicht Erfolgshonorar erhalten.[1] Ein Probekäufer würde also gegen seine eigenen Interessen handeln, wenn er Händler zu Preisbindungsverstößen verleitet.

Auch der Hersteller ist daran interessiert, daß nur bereits bestehende Lücken festgestellt, nicht aber neue erzeugt werden. Ma.W.: Die Überwachung dient der Überprüfung der Vertragstreue und nicht der Verleitung zum Vertragsbruch. Wenn ein Händler zur Preisunterbietung veranlaßt wird, so besteht die Gefahr, daß er von nun an ständig die Preise unterbietet und andere es ihm gleichtun. Bei dieser Art der Überprüfung würde die Entstehung von Lücken begünstigt und damit die Aufrechterhaltung der Preisbindung gefährdet. Auch müßte der Hersteller mit einer Unwirksamkeitserklärung durch das Bundeskartellamt rechnen, da die bewußte Durchlöcherung des Systems als mißbräuchliche Handhabung im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB anzusehen ist.[2] Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß der n o r m a l e Testkäufer nicht als "Lockspitzel" bezeichnet werden kann.

---

1) Bei Testkäufern wird üblicherweise die Tätigkeit als solche bezahlt, da der Preisbinder an der Überprüfung der Vertragstreue und nicht an einer Verleitung zum Vertragsbruch (Durchlöcherung des Systems) interessiert ist.

2) Schwartz (GK) §§ 16, 83 (S. 467 u.); 17, 21; Frankfurter Kommentar § 17, 29; Baumbach-Hefermehl § 17 GWB, 9.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 24. November 1952 [1] ausgesprochen, daß die Tätigkeit eines agent provocateur auch bei Anstiftung oder Beihilfe zur Tat erfüllt wird. Es wird deshalb geprüft, bei welchem Verhalten des Probekäufers Anstiftung oder Beihilfe zum Vertragsbruch vorliegt und weiter, ob diese Teilnahmehandlungen generell die Sittenwidrigkeit des Vorgehens begründen. Durch den Probekauf soll das Verhalten des Händlers -ohne daß er es merkt- getestet werden. Daher muß der Beauftragte des Herstellers als Kunde auftreten und sich auch so verhalten.[2]

Wenn ein Testkäufer nach der Markenware fragt, besteht immer die Möglichkeit, daß der Händler einen Preisbindungsverstoß begeht. Hierin liegt jedoch regelmäßig nur die bloße Verschaffung einer Gelegenheit zum Vertragsbruch die nicht als Anstiftung gewertet werden kann. Der Händler handelt aus eigenem Entschluß, ohne daß eine bestimmende Einwirkung auf seinen Willen vorangegangen ist. Daß der Testkäufer einkauft, um den Händler auf die Probe zu stellen oder, falls bereits ein Verdacht besteht, um ihn zu überführen, kann nichts daran ändern, daß nur eine bewußte Verursachung und nicht eine vorsätzliche Bestimmung (Anstiftung) vorliegt.[3] Motive des Käufers oder der Zweck des Einkaufs berühren die freie Entscheidung des Händlers in keiner Weise.

Eine Anstiftung zum Vertragsbruch kommt nur dann in Betracht, wenn der Testkäufer den Tatentschluß des Händlers zum Preisbindungsverstoß hervorgerufen hat. Solange jedoch die Beeinflussung durch den Probekäufer nicht stärker ist als die eines Durchschnittskunden, liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten vor.[4]

---

1) BGHZ 8, 83, 85 (Preisbehörde).
2) Unter C III 4 wird das mögliche Vorgehen der Testkäufer im einzelnen dargestellt.
3) Vgl. im einzelnen zur Anstiftung die allg. Erörterungen bei Maurach AT § 15 II B 3, 4 (S. 582, 583).
4) Nur wenn die Beeinflussung (erheblich) stärker ist als in diesem Geschäftszweig üblich, kann von einer Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden gesprochen werden.

Die Förderung des Vertragsbruches (Beihilfe) unterliegt den gleichen Grenzen wie die Anstiftung.
Falls also a u s n a h m s w e i s e der Testkäufer -ohne es zu wollen- den Tatentschluß des Händlers durch sein Verhalten geweckt oder erheblich gefördert hat, so könnte man ihn als agent provocateur bezeichnen. Diese Bezeichnung paßt jedoch auch hier nicht recht, da dem Probekäufer die Beeinflussung des Händlers gar nicht bewußt geworden ist und die "Überführung" daher nicht bezweckt sein konnte und tatsächlich auch nicht beabsichtigt war. Solange sich die Beeinflussung des Händlers im üblichen Rahmen hält, kann jedenfalls nicht von einem Verstoß gegen die guten Sitten gesprochen werden. Das Vorgehen des Kontrollkäufers kann nur dann als sittenwidrig bezeichnet werden, wenn die zur Beeinflussung angewendeten Mittel den üblichen Rahmen deutlich überschreiten.
Zu bedenken ist weiter, daß die Überwachung durch Testkäufe notwendig ist, um die in § 16 GWB ausdrücklich zugelassene Preisbindung aufrechtzuerhalten. Der Zweck und die Durchführung von Probekäufen ist demnach erlaubt und billigenswert.
Demgegenüber meint Johannes [1], die Kontrollkäufe seien sittenwidrig, da der Hersteller auf diesem Wege Preisbindungsverstöße veranlasse, zu deren Verhinderung er verpflichtet sei. Die Verletzung dieser Pflicht sei mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht vereinbar und könne auch nicht durch den verfolgten Zweck gerechtfertigt werden.[2]

Der Ausgangspunkt dieser These ist richtig. Jeder preisbindende Hersteller ist verpflichtet, Unterbietungen des Festpreises zu verhindern. Dies ergibt sich aus dem Preisbindungsvertrag. Zwar enthält der Reversschein in der Regel hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Bei Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung des Vertragszweckes ergibt sich jedoch, daß der Hersteller zur lückenlosen Durchsetzung der Preisbindung verpflichtet ist. Hierbei kann dahinge-

---

1) BB 1961, 577, 579. Kritisch dazu Brücher BB 1962, 119, 120; Meyer MA 1962, 431, 432 ff. (m.w.N.).
2) Hierfür beruft sich Johannes auf BGHZ 8, 83 ff.

stellt bleiben, ob diese Pflicht als Haupt- oder Nebenpflicht des Vertrages anzusehen ist.[1]
Durch Probekäufe wird diese Pflicht jedoch nicht verletzt, sondern erfüllt.
Der Hersteller ist nur dann in der Lage, die tatsächliche Lückenlosigkeit sicherzustellen, wenn er die Durchführung des Systems ständig durch Testkäufe überwacht. Hierbei werden die Händler nicht zu Preisbindungsverstößen veranlaßt, sondern sie erhalten die Gelegenheit, ihre Vertragstreue oder Vertragsuntreue unter Beweis zu stellen. Jeder vertragstreue Händler ist mit der Überprüfung seines Verhaltens einverstanden; er muß sie sogar wünschen, um zu verhindern, daß seine Mitbewerber die Preise unterbieten und ihn dadurch im Wettbewerb benachteiligen.[2]

Johannes kann sich zur Stützung seiner Ansicht nicht auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24. November 1952[3] berufen, da in dieser Entscheidung die Zulässigkeit von Probekäufen zur Preiskontrolle ausdrücklich offen gelassen wurde.[4]
Der Bundesgerichtshof hat später in ständiger Rechtsprechung die Rechtmäßigkeit von Testkäufen bejaht.[5]

---

1) Vgl. im einzelnen Schütte S. 11o ff.; Baumbach-Hefermehl § 1, 4oo; Zwehl BB 1966, 186, 187.
Unrichtig erscheint es, in der Lückenlosigkeit des Systems nur die Geschäftsgrundlage des Preisbindungsvertrages zu sehen(so aber z. B. Völp S. 1o4 f.; Lehmpfuhl MA 196o, 683, 684).
Dagegen spricht, daß die lückenlose Durchsetzung der Preisbindung fast ausschließlich vom Verhalten des Herstellers abhängig ist und jeder Händler ein erhebliches Interesse daran hat, daß alle Mitbewerber den Festpreis einhalten. Bei Berücksichtigung dieser Interessenlage ergibt sich, daß es den vertraglich gebundenen Händlern möglich sein muß, den Hersteller zur Verteidigung der Preisbindung zu zwingen. Als Bestätigung kann aufgefaßt werden, daß u.a. auch Völp S. 1o2 (ähnl. Lehmpfuhl aaO; Schwartz (GK) § 16, 81) den gebundenen Händlern einen klagbaren Anspruch auf lückenlose Durchsetzung zubilligt, obwohl die Lückenlosigkeit seiner Meinung nach nur Geschäftsgrundlage des Preisbindungsvertrages ist.
2) Meyer MA 1962, 431, 433 fm.N.,438.
3) BGHZ 8, 83 ff. (Preisbehörde).

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Die Durchführung von Kontrollkäufen ist nicht sittenwidrig. Testkäufe sind vielmehr zur Überwachung der Preisbindungen allgemein üblich. Ihre rechtliche Zulässigkeit und die wirtschaftliche Notwendigkeit ist heute in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt.[1)]

c) *Verstoß gegen Treu und Glauben*

Die Kontrollkäufer verlangen die preisgebundene Markenware, um die Vertragstreue der Händler auf die Probe zu stellen. Dabei müssen sie mit Preisbindungsverstößen einzelner Händler rechnen; sie nehmen die Möglichkeit von Preisunterbietungen bewußt in Kauf.
Die vom Hersteller der Markenware beauftragten Kontrollkäufer verursachen daher die Preisbindungsverstöße der überprüften Händler mit bedingtem Vorsatz.[2)]
Dennoch verlangt der Hersteller, daß die (vertragsbrüchigen) Händler die durch die Preisunterbietungen entstandenen Schäden allein tragen.
Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches in voller Höhe könnte gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen.[3)]

---

4) aaO, S. 86. Auch aus sachlichen Gründen können und dürfen die Erwägungen des Bundesgerichtshofes nicht auf Probekäufe durch preisbindende Unternehmen übertragen werden. Eine Preisbehörde hat nämlich die hoheitliche Aufgabe, strafbare Handlungen zu verhindern. Der Zweck der Bestrafung und Überführung des Täters muß dieser Pflicht gegenüber zurücktreten(so m.R. BGH aaO, S. 87). Bei Probekäufen durch preisbindende Unternehmen handelt demgegenüber der Testkäufer in Erfüllung einer vertragl. Pflicht. Das Verhältnis zwischen Hersteller und Händler ist rein privatrechtl. Auch sollen die Händler durch die Kontrollkäufe nicht "überführt" werden. Der Kauf dient vielmehr der Überprüfung der Vertragstreue zur Aufrechterhaltung der Lückenlosigkeit, Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Darauf weisen Meyer MA 1962, 431, 433 u. Brücher BB 1962, 119, 12o zutreffend hin.
5) BGH DB 1966, 1o12(Hausverbot); BGHZ 43, 359, 368(Warnschild); 4o, 135, 141(Trockenrasierer) .

1) Allg. Meinung;Gutachten BB 1964,9o2; w.N. oben S.133 in Anm. 1,2.

Im einzelnen sind folgende Begründungen denkbar:

(I) In der bewußten Verursachung liege ein nach § 254 BGB anlastbares Mitverschulden, das die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens ausschließe. 1)

(II) Die Überwachung des Handels durch als Kunden "getarnte" Beauftragte sei arglistig, weil der Hersteller aus den hierdurch festgestellten Zuwiderhandlungen Rechte herleiten wolle. 2)

(III) Der Preisbinder habe durch die Probekäufe die Lücken im System selbst herbeigeführt, daher sei die Geltendmachung des entstandenen Schadens unzulässig. Der Hersteller müsse sein früheres -gegensätzliches- Verhalten gegen sich gelten lassen (venire contra factum proprium). 3)

Keiner dieser Versuche einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu konstruieren, vermag zu überzeugen. Die wesentlichsten Fehler dieser Thesen sind:

(I) Die Anwendung des § 254 BGB ist nicht möglich, da bei der Enstehung des Schadens kein Verschulden des Herstellers oder seiner Beauftragten mitgewirkt hat.[4] Die Frage des Kontrollkäufers nach der Markenware ist nur der auslösende Faktor für die Preisunterbietung und den daraus entstehenden Schaden. Der Händler begeht die Vertragsverletzung aus freiem Entschluß. Durch das Vorgehen des Testkäufers erhält er zwar die Gelegenheit zur Preisunterbietung, von einer erheblichen -schuldhaften- Beeinflussung kann im Normalfall keine Rede sein.

---

2) Mit bedingtem Vorsatz handelt -nach Vorstellungs- und Willenstheorie- wer sich den Erfolg als möglicherweise eintretend vorgestellt und ihn, wenn auch als unerwünschte Begleiterscheinung, in Kauf genommen hat; vgl. statt aller Lehmann AT § 41 I 2a (S. 329); Erman-Gröpper § 276, 3.

3) So Johannes BB 1961, 577 f.; dagegen m.R. Brücher BB 1962, 119, 120.

---

1) Johannes aaO.

2) Exeptio doli generalis, von Meyer MA 1962, 431 mit ablehnender Stellungnahme erwähnt.

3) Johannes aaO.

4) Auch könnte dem Hersteller ein Verschulden seiner Hilfspersonen nur bei Überwachung der gebundenen Händler nach §§ 254/278 BGB angelastet werden (so die Rspr). Vgl. allgemein Erman § 254, 5 b, c.

Zudem ist äußerst fragwürdig, ob der Schaden durch den Probekauf verursacht worden ist. Der Testkauf ist höchstens dann für die Entstehung des Schadens ursächlich, wenn der Händler bei dieser Gelegenheit erstmalig gegen die Preisbindung verstößt und die Lücke im System aufgrund dieser Preisunterbietung entstanden ist.[1)]

(II) Auch aus der Unauffälligkeit der Überwachung kann nicht auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben geschlossen werden. Die Überprüfung durch als Kunden getarnte Beauftragte des Herstellers ist zulässig, sofern der Probekauf hinsichtlich Art und Umfang der Beeinflussung des Händlers von einem normalen Einkauf nicht abweicht. Die Richtigkeit dieses Satzes zeigt sich besonders deutlich bei dem sachlich gleichliegenden Fall, daß ein normaler Kunde die Preisunterbietung feststellt und dem Hersteller aus Sorge um die Preisbindung oder auf Befragen mitteilt.[2)] Unterschiedlich ist nur der mit dem Erwerb der Ware verfolgte Zweck. Zweck des normalen Einkaufs ist der Erwerb des Gegenstandes zum Verbrauch oder Gebrauch. Beim Testkauf soll demgegenüber die Vertragstreue des Händlers auf die Probe gestellt werden; der Erwerb der Markenware ist nur unwesentliche Nebenfolge. Dieser Unterschied des Testkaufes von sonstigen Einkäufen ist für den Händler bedeutungslos, da bei Bargeschäften des täglichen Lebens der Anlaß des Kaufes und der Verwendungszweck der Ware einen redlichen Kaufmann gar nicht interessieren können.[3)] Nur wenn der Händler nicht weiß, daß er überprüft wird, und die Beeinflussung dem üblichen Verhalten seiner Kunden entspricht, kann außerdem das N o r m a l v e r h a l t e n des Händlers festgestellt werden. Unterbietet er bei dieser Gelegenheit -aus freiem Entschluß- den gebundenen Preis, so ist das sein alltägliches Verhalten und zeigt das

---

1) Solange der Testkäufer sich wie ein Durchschnittskunde verhält, ist das unwahrscheinlich.
2) Vgl. im einzelnen Meyer MA 1962, 431 ff., bes. 434 m.N.
3) Im einzelnen siehe oben S. 132 f. (m.N.).

Bestehen einer Lücke.
Der preisunterbietende Händler kann sich auch deshalb nicht auf "Arglist" des Herstellers berufen, da er selbst sittenwidrig handelt und der Arglisteinwand nur zum Schutze des redlichen Verkehrs gedacht ist.[1]
Wer selbst treuwidrig handelt, ist nicht schutzwürdig.

(III) Schließlich verstößt der Hersteller auch nicht gegen das Verbot des venire contra factum proprium.[2]

Er ist auf Grund des Preisbindungsvertrages verpflichtet, die Preisbindung gleichmäßig und lückenlos durchzusetzen. Um die tatsächliche Lückenlosigkeit sicherzustellen, ist die ständige Überprüfung durch Testkäufer notwendig. Mit dieser Überwachungsmaßnahme rechnen die Händler.[3] Man wird sogar davon sprechen können, daß die redlichen Händler in die Durchführung von Testkäufen stillschweigend eingewilligt haben , um die konforme Wettbewerbslage zu erhalten.
Durch die Kontrollkäufe soll die Vertragstreue überprüft werden; Preisbindungsverstöße oder die daraus entstehenden Lücken im System werden durch sie nicht herbeigeführt, sondern nur festgestellt.
Auch ist der durch diesen Testkauf zusätzlich entstehende Schaden vergleichsweise unbedeutend. Auf seine Geltendmachung kann ohne weiteres verzichtet werden. Der Hinweis auf widerspüchliches Verhalten oder mitwirkendes Verschulden entbehrt daher der Schlüssigkeit.
Die Geltendmachung des entstandenen Schadens oder einer Vertragsstrafe ist also keineswegs widersprüchlich; sie ist vielmehr zur Sicherung der tatsächlichen Lückenlosigkeit notwendig.

---

1) So m.R. Meyer MA 1962, 431.
2) Dieses Verbot ist letztlich ein Anwendungsbeispiel des Grundsatzes von Treu und Glauben. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässiger Rechtsmißbrauch, wenn die heutige Geltendmachung mit früherem Verhalten des Berechtigten nicht vereinbar ist (vgl. statt aller Soergel-Siebert § 242, 141).
3) Meyer aaO, S. 433; Brücher BB 1962, 119, 120.

Doch selbst, wenn man annehmen wollte, das Verlangen von Schadensersatz sei widersprüchlich, weil einzelne Preisbindungsverstöße durch Testkäufer verursacht worden seien, so liegt darin kein Verstoß gegen das Verbot des venire contra factum proprium.
Gegensätzliches Verhalten begründet den Einwand unzulässiger Rechtausübung nur dann, wenn der Betroffene sich auf ein bestimmtes Verhalten des Vertragspartners einrichten durfte und eingerichtet hat. Die Enttäuschung dieses selbst geschaffenen Vertrauens verstößt gegen Treu und Glauben und ist unzulässig.[1]
Kein Händler kann und darf jedoch darauf vertrauen, daß der Preisbinder Kontrollkäufe unterläßt oder entdeckte Schäden nicht geltend macht. Er muß vielmehr bei Preisunterbietungen ständig mit Probekäufen und Schadensersatzklagen rechnen, da beide Maßnahmen zur Sicherung des Preisbindungssystems üblich und unbedingt notwendig sind.[2]

Demnach ist festzustellen:

Die Verwertung der Ergebnisse von Testkäufen verstößt nicht gegen Treu und Glauben.[3]

d) Ergebnis

Die gegen die Zulässigkeit von Testkäufen angeführten Bedenken sind nicht durchschlagend.

---

1) H.M.; Soergel-Siebert § 242, 141; Erman § 242 III 3b, aa; Staudinger-Weber § 242, D 323 m.N.; Brücher BB 1962, 119, 12o; a.A. wohl nur Johannes BB 1961, 577, 578; 1962, 12o, 121. Die von Johannes genannten Zitate folgen der h.M. und sagen keineswegs, daß jedes gegensätzliche Verhalten sittenwidrig sei oder als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden müsse.
2) Ähnl. Meyer MA 1962, 431, 433; Brücher BB 1962,119,12o.
3) Zust. z.B. OLG Frankfurt MA 1965, 445.

3) Argumente für die Zulässigkeit von Testkäufen

Die Gründe für die Zulässigkeit der Testkäufe ergeben sich hauptsächlich aus § 16 GWB und der Art der Überwachung.

a) § 16 GWB

In § 16 GWB hat der Gesetzgeber die Preisbindung der zweiten Hand ausdrücklich zugelassen. An diese wirtschaftspolitische Entscheidung und die ihr zugrundeliegenden Wertungen ist die Rechtsprechung nach Art 2o Abs. 3 GG gebunden.[1] Durch das Änderungsgesetz zum GWB vom 15. September 1965 ist die Zulassung der Preisbindung -in Fortgeltung der dazu vorherrschend vertretenen Auslegung- bestätigt worden.[2]
Da für die rechtliche Durchsetzbarkeit einer Preisbindung nach allgemeiner Meinung die tatsächliche Lückenlosigkeit[3] des Systems vorausgesetzt wird, muß es dem Hersteller möglich sein, die lückenlose Durchführung des Preisbindungssystems sicherzustellen. Andernfalls stände die gesetzliche Zulassung lediglich auf dem Papier; § 16 GWB wäre in Wirklichkeit eine lex imperfecta. Dies widerspräche dem Wortlaut der §§ 16, 17 GWB, der Entstehungsgeschichte, dem durch das Änderungsgesetz bestätigten Willen des Gesetzgebers und der vorherrschend vertretenen Auffassung.[4]

---

1) BGH NJW 1967, 343, 351 m.N.(Schallplatten); vgl. im übrigen oben S. 8o m.N. in Anm. 4,5.
2) BGH aaO.
3) Die Voraussetzung der Lückenlosigkeit sollte nicht aufgegeben werden, da bei erheblicher Unterschreitung des allgemein bekannten Festpreises die Händler mit schwerwiegenden Nachteilen (Kundenverlust, sonstiger Umsatzverlust) rechnen müssen. Ist die gleichmäßige Wettbewerbslage empfindlich gestört, kann den gebundenen Händlern die weitere Einhaltung des vorgeschriebenen Preises nicht mehr zugemutet werden. Ausreichender und angemessener Schutz der gebundenen Händler besteht, wie oben S. 16 ff. m.N. gezeigt, nur dann , wenn die Lükkenlosigkeit des Systems als kartellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung i. S. von § 16 GWB angesehen wird.
4) Vgl. im einzelnen oben S. 8o f. m.N.

Die lückenlose Durchsetzung der Preisbindung kann -wie im einzelnen oben gezeigt[1] nur dann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit sichergestellt werden, wenn das preisbindende Unternehmen die Vertragstreue seiner Abnehmer ständig durch gezielte Testkäufe überwacht. Zusätzlich müssen auch die Außenseiter überprüft werden, um auftretende Lücken möglichst frühzeitig zu erkennen. Solange das Erfordernis der Lückenlosigkeit nicht aufgegeben oder aber eine gleichermaßen wirksame Kontrollmaßnahme gefunden wird, muß die Durchführung von Testkäufen zur Erhaltung des Preisbindungssystems zugelassen werden.

b) Art der Überwachung

Beim Probekauf fragt ein nicht erkennbarer Beauftragter des Herstellers wie ein normaler Kunde nach der Markenware, um die Vertragstreue des Händlers auf die Probe zu stellen. Der Testkauf unterscheidet sich vom normalen Einkauf nur durch das Motiv des Käufers.
Mit der Eröffnung des Ladengeschäfts für den allgemeinen Verkehr bringt jeder Händler zum Ausdruck, daß ihn die Person des Kunden und der Zweck des Einkaufs nicht interessieren.[2] Daher muß er die Probekäufe hinnehmen.[3]

Die Pflicht zur Duldung von Kontrollkäufen ergibt sich auch aus folgender Erwägung.
Die vertraglich gebundenen Händler haben durch Unterzeichnung des Preisbindungsreverses ihr Einverständnis mit der Durchführung von Testkäufen erklärt. Hierbei ist gleichgültig, ob der Revers diese Klausel ausdrücklich enthält, da sich bei Auslegung des Preisbindungsvertrages unter Berücksichtigung des Vertragszweckes zumindest eine stillschweigende Einwilligung ergibt.

---

1) Siehe oben S. 113 ff., bes. 129 ff.
2) Vgl. im einzelnen oben S. 132 m.N.
3) BGH DB 1966, 1012(Hausverbot); MDR 1965,638 (Warnschild) st. Rspr; vgl. im übrigen die N. oben S. 132 Anm. 3.

Wer als Händler eine preisgebundene Markenware bezieht, tut es in Kenntnis des Umstandes, daß der Hersteller alle zur Sicherung der Lückenlosigkeit erforderlichen Vorkehrungen treffen muß. Ihm ist dabei bekannt, daß der Testkauf das im Verkehr übliche Mittel ist, um die Vertragstreue der Abnehmer zu überprüfen. Auch weiß er, daß die Kontrolle notwendig ist, um ihn vor wettbewerblichen Benachteiligungen durch Preisunterbietungen zu schützen. Bei Berücksichtigung dieser Erwägungen ergibt sich, daß die Duldung von Probekäufen zumindest eine sich aus § 242 BGB ergebende Nebenpflicht des Vertrages ist.[1]

Bei Außenseitern kann § 1 UWG für die zusätzliche Rechtfertigung der Testkäufe herangezogen werden.[2] Gemäß §§ 1, 13 UWG kann der preisbindende Unternehmer verlangen, daß jeder Händler, der seine Markenwaren verkauft, den vorgeschriebenen Festpreis einhält. Die Preisunterbietung ist bei preisgebundenen Markenwaren grundsätzlich unlauter. Daher liegt ihre Entdeckung und Ausschaltung im Interesse des Herstellers, aller redlichen Händler und der Allgemeinheit. Wollte man die Testkäufe erst zulassen, wenn der Nachweis eines Verstoßes gegen § 1 UWG auf andere Weise geführt werden kann, dann bedürfte es dieses Überwachungsmittels in der Regel überhaupt nicht mehr.[3] Bei dem Verdacht von Preisbindungsverstößen besteht die Pflicht zur Duldung von Testkäufen auch aufgrund des allgemeinen Auskunftsanspruches.[4]

Obwohl noch gar nicht feststeht, ob der Außenseiter die Markenware führt und den Festpreis unterschreitet, ist ihm die Auskunfterteilung durch Duldung von Testkäufen nach Treu und Glauben zuzumuten, da der Probekauf völlig ungefährlich ist, wenn der Außenseiter den vorgeschriebenen Preis einhält oder die preisgebundene Ware nicht ver-

---

1) Im einzelnen Meyer MA 1962, 431, 433, 438.
2) OLG Hamburg WRP 1965, 228.
3) So m.R. BGH WRP 1966, 312, 314 (Hausverbot); ähnlich LG Hamburg WRP 1960, 218, 220.
4) Siehe im einzelnen OLG Hamburg aaO, S. 229.

treibt. Erst bei Preisunterbietungen, die gegen § 1 UWG verstoßen, kann der Kontrollkauf für den Außenseiter unangenehme Folgen haben.

Aus der Unauffälligkeit der Überprüfung ergeben sich zusätzliche Vorteile. Der einzelne Händler kann die Kontrolle weder erkennen noch sie ausschalten. Dadurch ist gewährleistet, daß der Händler eine freie Entscheidung im Rahmen seines alltäglichen Verhaltens trifft. Unterbietet er bei dieser Gelegenheit aus eigenem Entschluß den vorgeschriebenen Preis, so offenbart er eine Lücke im Preisbindungssystem, die unverzüglich geschlossen werden muß. Durch die Überwachung wird weder in den Geschäftsbetrieb des Händlers eingegriffen noch wird dessen ungestörter Ablauf beeinträchtigt. Die Kontrolle durch Probekäufe entspricht damit den Grundsätzen von Verhältnismäßigkeit und Geheimniswahrung [1], da die geringstmögliche Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen mit der größtmöglichen Geheimhaltung von Berufsgeheimnissen und Geschäftsbeziehungen verknüpft ist.
Außerdem ist bei der Überwachung durch "Kunden" die Gewähr gegeben, daß die Händler sich weitgehend an ihre vertraglichen Pflichten und die allgemeinen Wettbewerbsregeln halten, da sie immer damit rechnen müssen, daß der vor ihnen stehende Kunde zu Kontrollzwecken einkauft.
Schließlich ist zu bedenken, daß Probekäufe nicht nur zur Überwachung von Preisbindungssystemen dienen, sondern von den verschiedensten Personenkreisen zur Überprüfung der Ware oder des Händlers vorgenommen werden.[2]

---

1) Langen § 16, 151 weist m.R. darauf hin, daß diese Grundsätze bei Nachprüfungen durch das preisbindende Unternehmen beachtet werden müssen.
2) So m.R. BGHZ 43, 359, 366 f. (Warnschild). Überprüfung der Ware erfolgt z.B. auf Beschaffenheit oder Preiswürdigkeit; die Kontrolle des Händlers bezieht sich regelmäßig auf die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften des LebensmittelG, des RabattG, der ZugabeVO, des UWG etc.

Die Zulässigkeit der sonstigen Kontrollkäufe ist meines Wissens bisher nicht bezweifelt worden.

c) Ergebnis

Die Testkäufe sind eine zulässige und notwendige Überwachungsmaßnahme zur Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit einer Preisbindung.

Dies wird bestätigt durch die Tatsache, daß der Einsatz von Testkäufern ein ständig geübtes und allgemein anerkanntes Kontrollmittel ist.[1)]

4) Mögliches Vorgehen der Testkäufer

Bisher ist immer nur davon gesprochen worden, daß der Testkäufer wie ein Kunde auftritt. Nun ist im einzelnen zu untersuchen, wie sich ein Kontrollkäufer verhalten k a n n , ob und in welchem Umfang er den Händler beeinflussen d a r f und welches Vorgehen zur Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit einer Preisbindung zweckmäßig ist, d. h. wie er sich verhalten s o l l .

a) Zweck der Überwachung

Die planmäßige Durchführung von Probekäufen soll sicherstellen, daß die Preisbindung tatsächlich lückenlos ist und das auch bleibt. Dieser Zweck der Überwachung ist der Ausgangspunkt und die Grenze aller weiteren Überlegungen.

---

1) Vgl. die Nachweise oben S. 133 in Anm. 1,2 sowie im Ergebnis zustimmend BGH GRUR 1965, 607, 609 (Funkmietwagen); LG Krefeld MA 1962, 674; Utescher Anm. GRUR 1965, 609, 610; Müller S. 231; Wohl auch Frankfurter Kommentar § 16 Anh. 1, Tz 12; eingeschränkt Langen § 16, 151. Langen meint, daß die Durchführung von Testkäufen nur bei einer entsprechenden Vertragsklausel uneingeschränkt zu billigen sei. Fehle eine solche Klausel, könnten die Testkäufe gegen das Gesetz verstoßen.

Zur Aufrechterhaltung der lückenlosen Durchsetzung einer Preisbindung ist notwendig, daß auftretende Lücken möglichst frühzeitig erkannt und umgehend wieder geschlossen werden.
Der Zeitpunkt, wann eine Lücke im System entdeckt wird, ist von entscheidender Bedeutung. Je eher nämlich die Störung ausgeschaltet werden kann, um so leichter und sicherer ist dies möglich. Dies gilt im besonderen Maße für eine Preisbindung, da jede Preisunterbietung die vertragstreuen Mitbewerber beeinträchtigt und damit eine Gefährdung des Systems darstellt.
Um die Intensität der jeweils bestehenden Gefährdung deutlicher aufzeigen zu können, sollen bei dem Händlerverhalten fünf denkbare Modellfälle unterschieden werden:[1]

(I)	Vertragstreue	
(II)	potentielle Lücke:	Händler schwankt zwischen Vertragstreue und Vertragsbruch, ohne allerdings den Festpreis zu unterbieten.
(III)	Unsicherheitsfaktor:	Händler unterbietet den gebundenen Preis nur gelegentlich (z.B. bei besonderen Stammkunden, in Sondersituationen).
(IV)	Lücke im System:	Einige Händler (oder auch nur einer) begehen ständig Vertragsbrüche; allerdings sind diese Preisunterbietungen örtlich begrenzt.
(V)	Gefährdung des Systems:	Viele Händler (oder ein Großunternehmen) unterbieten in einer großen Zahl von Fällen den vorgeschriebenen Preis.

Damit die Gefährdung des Systems vermieden wird, muß eine bei der Durchsetzung der Preisbindung auftretende Lücke bereits auf einer der Übergangsstufen (II)-(IV) entdeckt und ausgeschaltet werden.

---

1) Diese Abgrenzung ist allerdings nur von theoretischem Wert. In Wirklichkeit gehen die unterschiedenen Fallgruppen vielfach in einander über oder werden übersprungen. Ebenso können einzelne Arten (II,III,IV) sowie alle Zwischenstufen (II-IV) ausfallen oder zeitlich zusammenfallen.

Wenn es allerdings erst einmal zu ständigen Vertragsbrüchen mehrerer Händler gekommen ist, wird damit meist eine Gefährdung des Systems verbunden sein.
Um die tatsächliche Lückenlosigkeit wenigstens mit relativer Sicherheit wahren zu können, ist daher notwendig, daß die Störungen möglichst schon im Zwischenstadium (II) oder (III) entdeckt und ausgeschaltet werden.

Damit die Vertragstreue der Händler in allen, im täglichen Leben denkbaren Situationen überprüft werden kann, müssen den Testkäufern gewisse Beeinflussungen gestattet werden. Es muß jedoch immer die eigenverantwortliche Entscheidung des Händlers bleiben.
Ist die Preisunterbietung überwiegend durch das Verhalten des Kontrollkäufers veranlaßt, so erscheint die Berufung des Herstellers auf diesen Preisbindungsverstoß treuwidrig, das Bestehen einer Lücke und damit eines Schadens ist nicht dargetan.
Die Testkäufe sollen f e s t s t e l l e n , ob sich ein Händler im Normalfall und in erfahrungsgemäß öfters vorkommenden Sondersituationen vertragstreu verhält. Dadurch wird der Bestand der Preisbindung gesichert und die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit ermöglicht. Da jedoch immer nur die Vertragstreue der Händler auf die Probe gestellt werden darf, ist es dem Testkäufer nicht erlaubt, auch nur einen Händler zum Preisbindungsverstoß zu verleiten.[1] Hier bleibt unklar, ob Modellfall (I),(II), (III) oder (IV) vorliegt.
Entscheidend ist also, daß dem Händler zumindest die Möglichkeit einer freien Entscheidung bleibt, so daß mit Sicherheit die Gruppe (I) ausgeschlossen werden kann.

Ist die Beeinflussung durch den Testkäufer allerdings so

---

1) Die Verleitung zum Vertragsbruch ist nach allg. Meinung sittenwidrig (die Formulierungen sind allerdings recht unterschiedlich); BGH DB 1966, 1012 (Hausverbot) MDR 1965, 638 (Warnschild); WRP 1965, 326, 328(Funkmietwagen), st. Rspr; OLG Frankfurt NJW 1962, 1514, 1515; OLG Hamm MA 1963, 70; Meyer MA 1962, 431, 436, 442; Utescher Anm. GRUR 1965, 609,610; Müller S. 231.

erheblich, daß sich nicht sicher feststellen läßt, von welcher Seite der entscheidende Anstoß zur Preisunterbietung ausgegangen ist, besteht die Möglichkeit, daß lediglich eine potentielle Lücke (II) vorgelegen hat. Hierbei bleibt offen, ob die Unterbietung des gebundenen Preises als sittenwidrige Verletzung der Preisbindung gewertet werden kann oder nicht.
Wenn ein Händler zwischen Vertragstreue und Vertragsbruch schwankt, bisher aber noch kein einziges Mal den Festpreis unterboten hat, besteht keine tatsächliche Lükke und auch keine Unsicherheit bei der Durchführung des Systems. Schadensersatzansprüche scheitern bei dieser Sachlage am Vorliegen eines Schadens. Da jedoch das Verhalten des Händlers den Verdacht zukünftiger Preisunterbietungen begründet, ergibt sich ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 1, 25, 13 Abs. 1 UWG.

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Der Zweck der Überwachung, d.h. die Gewährleistung der tatsächlichen Lückenlosigkeit, ist nur dann erreichbar, wenn die Testkäufer die Vertragstreue der Händler in allen denkbaren Situationen überprüfen. Die Beeinflussung darf jedoch nie so weit gehen, daß eine f r e i e Entscheidung des Händlers ausgeschlossen erscheint. Je nach Stärke der Einflußnahme sind die aus der Preisunterbietung herzuleitenden Rechtsfolgen verschieden. Geht die Beeinflussung des Testkäufers nicht über das allgemein übliche Maß hinaus, so wird durch den Probekauf das Bestehen einer Lücke festgestellt. Daher sind Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche denkbar. Ist die Beeinflussung zwar möglich, aber im täglichen Leben höchst selten, so steht nur fest, daß der Händler in einer außergewöhnlichen Situation den Festpreis unterbietet. Daß er bereits früher den gebundenen Preis unterschritten hat, ist nicht bewiesen. Es steht daher nicht fest, ob das System lückenhaft ist. Der Eintritt eines Schadens ist durch den Probekauf demnach weder dargetan noch nachgewiesen. Schadensersatzansprüche scheiden also aus.[1)]

1) *Bei dieser Sachlage wäre auch die Geltendmachung einer Vertragsstrafe treuwidrig.*

Da jedoch damit zu rechnen ist, daß der Händler weitere Preisunterbietungen begeht, kann der Hersteller gemäß §§ 1, 25, 13 Abs. 1 UWG im Wege der einstweiligen Verfügung beantragen, daß dem Händler zukünftige Preisunterbietungen verboten werden. Die Einhaltung dieses Verbots kann nach § 890 ZPO durch Geldstrafe oder Haft erzwungen werden. Wegen der ungeklärten Sachlage erscheint es allerdings angemessener, außergerichtlich vorzugehen. Der Hinweis, daß auch in Sondersituationen der vorgeschriebene Preis eingehalten werden muß, kann mit einer Verwarnung verbunden werden. In schwerwiegenden Fällen ist es möglich und sinnvoll, die Verwarnung mit einer Liefersperreandrohung oder einem unbedingten Vertragsstrafeversprechen zu verbinden.

Nunmehr wird das denkbare Vorgehen eines Testkäufers auf seine Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit untersucht.

b) Agent provocateur

Zuerst der Ausnahmefall, daß ein Testkäufer als "agent provocateur" (Lockspitzel) [1] auftritt.
Ein Testkäufer handelt als Lockspitzel, wenn er den zögernden Händler durch besondere Einwirkungen zur Verletzung der Preisbindung herausfordert oder verleitet.[2]
Dieses Verhalten eines Kontrollkäufers ist nach allgemeiner Meinung sittenwidrig.[3] Außerdem widerspricht dieses Vorgehen dem Sinn und Zweck der Überwachung.
Der Kontrollkäufer soll die Vertragstreue der Händler überprüfen, um bestehende Lücken festzustellen. Wenn er als Lockspitzel vertragstreue Händler zum Vertragsbruch verleitet, durchlöchert er das System und gefährdet damit

1) Vgl. im einzelnen oben S. 141 ff.
2) Im einzelnen werden recht verschiedene Umschreibungen verwendet; sie bedeuten jedoch im sachlichen Gehalt keinen Unterschied. So z.B.: mit verwerflichen Mitteln auf Verstoß hinwirken; Handeln in der Absicht, den Mitbewerber hineinzulegen; durch Beispiel, Aufforderung, Bestechung oder Drohung provozieren.

Durchsetzbarkeit und Existenz der Preisbindung, zu deren Schutz er eingesetzt ist.

Dieses denkbare Verhalten des Probekäufers ist sittenwidrig und zweckwidrig.

c) Durchschnittskunde

Nun ist der Regelfall zu überprüfen, daß der Testkäufer wie ein Durchschnittskunde auftritt.
Er geht also in das Geschäft, fragt nach der Markenware und bezahlt den geforderten Preis. Eventuell, d.h. wenn es in diesem Gewerbezweig üblich ist, erkundigt er sich nach der Einräumung von Barzahlungsrabatt oder sonstigen Preisnachlässen.[1)]
Dieses Vorgehen des Testkäufers ist nach allgemeiner Meinung rechtmäßig, da er nichts anderes tut als jeder andere Kunde auch.[2)]
Das Auftreten als Durchschnittskunde ist auch zweckmäßig, da auf diese Weise die Vertragstreue des Händlers gegenüber seinen Alltagskunden sicher und unauffällig überprüft werden kann.

Dieses denkbare Vorgehen des Probekäufers ist demnach rechtmäßig und zweckmäßig.

---

3) Vgl. die Nachweise oben S. 158 Anm. 1 sowie OLG Düsseldorf Der Wettbewerb 2/1957, 13; Baumbach-Hefermehl Einl., 267; ähnl. LG Hamburg BB 1962, 112; LG Berlin GRUR 1961, 198, 199; LG Krefeld MA 1962, 674; OGH Wien MuW 1929, 401, 402.

---

1) Im einzelnen siehe Meyer MA 1962, 431, 436.
2) Vgl. die Nachweise oben S. 156 Anm. 1 sowie LG Köln JMBl NRW 1965, 150; LG Bonn BB 1965, 685; wohl auch Johannes BB 1961, 577, 580: Wo beim Durchschnittskäufer der Versuch, den Preis durch Handeln zu drücken, üblich geworden ist, wird man dies auch beim Testkäufer nicht als unlautere Beeinflussung ansehen können (widersprüchlich allerdings aaO, S. 578, 579:Testkäufer handeln sittenwidrig).

d) Kunde in Sondersituationen

Hiermit sind alle Fälle gemeint, in denen ein Kunde durch Darstellung einer besonderen Situation versucht, den Händler zur Herabsetzung des Verkaufspreises zu bestimmen.

Als typische Beispiele mögen genügen:

(I) Der Fall des eiligen Kunden, der nur einen bestimmten Geldbetrag bei sich trägt.

(II) Der planende Kunde, der für ein Geschenk nur eine festgesetzte Summe ausgeben darf oder will.

(III) Darstellung einer Zwangs- oder Notsituation (z.B. Rentner, der im Winter einen Heizofen benötigt, aber zu wenig Geld hat; Student, der einen schmalen Wechsel bekommt).

(IV) Hinweis auf Leistungen anderer Händler (z.B. bekomme es bei X billiger; Y bezahlt die Parkgebühren).

Um die Vertragstreue des Händlers in diesen Sondersituationen überprüfen zu können, ist der Probekäufer regelmäßig gezwungen, seinen Wunsch nach einem geringeren Preis mit einer Darstellung zu begründen, die nicht den Tatsachen entspricht.
Ob dieses Vorgehen als zulässig angesehen werden kann, ist bisher noch nicht grundsätzlich untersucht worden.[1]
Im allgemeinen begnügt man sich in Rechtsprechung und Rechtslehre mit folgender Richtlinie:
Tritt der Testkäufer wie ein normaler Kunde[2] auf, so handelt er rechtmäßig; verleitet er den Händler als Lockspitzel[3] zur Preisunterbietung, so ist das sittenwidrig.

---

1) Andeutungen z.B. bei Meyer MA 1962, 431,436:... sei jedenfalls dann nicht verwerflich, wenn auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr eine solche Begründung denkbar. An diesen Kundentypen müsse sich die Vertragstreue des Händlers auch ohne Probekäufe bewähren. Sowie andererseits bei Johannes BB 1961, 577, 580: Jede Vorspiegelung einer Not- oder Zwangssituation sei wegen des betrügerischen Momentes unlauter.

2) LG Hamburg BB 1962, 112; LG Berlin GRUR 1961, 198, 199; ähnl. BGH MDR 1965, 638 -Warnschild-(Durchschnittskäufer); GRUR 1965, 607, 609 -Funkmietwagen- (übliches Verhalten); OLG Frankfurt NJW 1962, 1514, 1515 (normales Verkaufsgespräch); Meyer aaO (regulärer Kunde).

Da ein Probekäufer auch in diesen besonderen Situationen keinen Einzelfall bildet, sondern wie die entsprechenden Kundentypen auftritt, ist es möglich, ihn als "normalen Kunden" anzusehen.[1] Andererseits könnte man sagen, die Einwirkungen des Kontrollkäufers überschreiten das übliche Verkaufsgespräch eines Durchschnittskunden (erheblich), er handele als "Lockspitzel".[2]
Beide Deutungen werden dem Sinn der Abgrenzung nicht gerecht. Durchschnittskäufer und Lockspitzel sind Extremfälle. Zwischen diesen Formen liegen viele verschiedene Übergänge des Auftretens. Über diese Zwischenformen ist mit der Bezeichnung als normaler Kunde oder als agent provocateur wenig ausgesagt; das Handeln muß unabhängig von einer solchen Etikettierung beurteilt werden. Die Bewertung muß an das tatsächliche Verhalten im konkreten Fall anknüpfen. Der Testkäufer täuscht dem Händler das Vorliegen einer Sondersituation vor. Grundsätzlich wird im Wettbewerbsrecht jede Täuschung als verwerfliches Mittel der Beeinflussung angesehen, da dem Wahrheitsgrundsatz im Wettbewerb überragende Bedeutung zukommt.[3] Die Angebote müssen klar und wahr sein, damit sich die beste Leistung durchsetzen und der Wettbewerb seine Auslese- und Ordnungsfunktion erfüllen kann.[4]

---

3) OLG Hamm MA 1963, 7o; ähnlich BGH DB 1966, 1o12 -Hausverbot-; GRUR 1965, 6o7, 6o9 -Funkmietwagen-(mit verwerflichen Mitteln auf Verstoß hinwirken); OLG Düsseldorf Der Wettbewerb 2/1957, 13(durch Beispiel, Aufforderung, Bestechung oder Drohung provozieren);Baumbach-Hefermehl Einl., 267 (hineinlegen, ohne daß genügend Anhaltspunkte für eine Verletzung vorliegen).

---

1) In diese Richtung weisen die Bemerkungen von Meyer aaO, der von d e n k b a r e n Beeinflussungen spricht.
2) Wohl im Ergebnis zust. Johannes aaO, der darauf abstellt, ob beim Durchschnittskäufer diese Beeinflussungen üblich.
3) Nachweise oben S. 62 Anm. 1. Zum Schutz vor Täuschungen im Wettbewerb dienen die §§ 1, 3, 4, 6 ff., 14 ff. UWG.
4) Vgl. im einzelnen zum Leistungsprinzip und seiner Funktion im Wettbewerb oben S. 59 ff.

Da die Kunden untereinander nicht oder nur bedingt in Wettbewerb stehen, wird durch die Vortäuschung einer Sondersituation das Leistungsprimzip nicht verletzt. Außerhalb des Wettbewerbsrechts wird die Täuschung von der Rechtsordnung grundsätzlich nicht als solche mißbilligt, sondern nur dann, wenn die Willensbildung eines anderen unerlaubt beeinflußt und dadurch die Möglichkeit einer freien Entscheidung beeinträchtigt wird.[1)]
Wesentlich ist also, ob der Händler bei Vortäuschung einer besonderen Sachlage unsachlich beeinflußt wird, oder ob er auch bei Vorspiegelung einer Sondersituation noch frei entscheiden kann.
Der Probekäufer täuscht über das Vorliegen bestimmter Umstände, die für den Kaufabschluß und die Preisbestimmung im Regelfall nicht von entscheidender Bedeutung sind. Da jedoch der Händler die Preisunterbietung ohne die Täuschung in der Regel nicht begangen hätte, ist das Verhalten des Testkäufers zumindest mitursächlich.
Die Täuschung ist nur dann nicht ursächlich, wenn der Händler bereits vorher zur Unterbietung des gebundenen Preises entschlossen war. Das ist unwahrscheinlich, da der Testkäufer grundsätzlich erst dann besondere Umstände vorspiegeln wird, wenn der Händler den gebundenen Preis nennt. Bietet der Händler von sich aus die Markenware unter dem Festpreis an, ist die Vorspiegelung einer Sondersituation überflüssig.
Dem Kontrollkäufer ist bewußt, daß er durch seine Täuschung den Händler zur Preisunterbietung bestimmen könnte; er handelt also mit bedingtem Vorsatz, was nach h.M. für Arglist i.S. von § 123 BGB genügt.[2)]

---

1) Im Zivilrecht gelten hauptsächlich folgende Bestimmungen zum Schutz vor Täuschungen: §§ 123,443, 46o,463,476 ff., 48o, 485, 523 f., 54o, 6oo, 637 f., 2183, 2339, 2385 BGB. Hier wird immer vorausgesetzt, daß eine arglistige Täuschung oder ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Im Strafrecht gibt es sowohl Tatbestände, bei denen die Täuschung an sich strafbar ist (§§ 132,132a, 145d, 153 ff., 186 f., 271, 278, 348 StGB), als auch solche, bei denen ein bestimmter Zweck der Beeinflussung hinzutreten muß(§§ 146 ff., 164, 263 ff., 267, 272,277, 281 StGB). Das erklärt sich aus der bes. Funktion.

Hieraus könnte gefolgert werden, daß der Händler nicht mehr frei entscheiden konnte und demnach die Beeinflussung beim Probekauf rechtswidrig ist.
Der Probekäufer hat jedoch grundsätzlich die gleiche Stellung wie jeder andere Kunde auch. Es erscheint bedenklich, alle Käufer zu wahren Angaben zu verpflichten. Im heutigen Geschäftsleben ist es in einigen Branchen durchaus üblich, daß der Preis ausgehandelt wird. Beide Vertragspartner nehmen hierbei die Beteuerungen der anderen Seite nicht allzu ernst. Verkäufer und Käufer gehen mit Recht davon aus, daß jeder Vertragspartner gewisse Druckmittel benutzen darf, um den Vertragsinhalt für sich möglichst günstig zu gestalten. Dies entspricht dem Sinn und der Ordnungsfunktion des Wettbewerbs. Jeder Wettbewerber kann und soll sich grundsätzlich selbst schützen, er entscheidet in eigener Verantwortung.
Es ist überflüssig, den versierten Händler vor seinen "gefährlichen" Kunden zu beschützen. Der Händler weiß in der Regel, was er glauben kann und was nicht. Er verkauft, weil er verdienen will, das ist für einen Kaufmann das Entscheidende. Die Beeinflussung seiner Entscheidungsfreiheit ist auch in der Regel nur geringfügig; kaufmännische Erwägungen sind für den Verkauf ausschlaggebend.
Wenn der Testkäufer nach einer Verbilligung fragt, gibt er lediglich einen Anstoß für die Preisunterbietung, die eigentliche Entscheidung trifft der Händler.
Bei Darstellung einer echten Notsituation ist es zwar denkbar, daß der Händler aus Mitleid handelt, um eine scheinbar bestehende Not zu lindern. Doch hat er in solchen Fällen immer die Möglichkeit, ohne Verletzung der Preisbindung zu helfen.[1)]

---

2) Lehmann AT § 34 IV 1a(S. 256); Erman-Westermann §123,5.

1) Z.B. kann er dem Kunden eine markenlose Ware oder eine nicht preisgebundene Markenware billiger überlassen. Auch besteht die Möglichkeit, ein äußerlich fehlerhaftes Stück unter Preis abzugeben usf.

Um echte Konfliktsituationen von vornherein auszuschalten, sollte der Probekäufer seine "Not" nicht zu eindringlich schildern und es bei einer einmaligen Bitte oder Frage bewenden lassen. Andernfalls bestände die Gefahr, daß die Handlungsweise des Testkäufers als Verleitung zur Preisunterbietung gewertet wird.

Wer entgegen den obigen Ausführungen die Meinung vertritt, jede Vortäuschung einer Sondersituation sei widerrechtlich und unlauter, sollte bedenken, daß das Vorgehen der Kontrollkäufer auch aus dem verfolgten Zweck gerechtfertigt werden kann.[1] Die Täuschung dient dem Schutz einer Preisbindung. Dieser Zweck ist durch § 16 GWB als schutzwürdig anerkannt worden.
Eine weitere Rechtfertigung für das Vorgehen der Testkäufer ergibt sich aus der Üblichkeit. Im täglichen Leben versuchen viele Kunden, den Händler zu einer Herabsetzung des Verkaufspreises zu veranlassen. Die Formen der Beeinflussung sind mannigfaltig. Manche fordern Rabatt, andere weisen auf besondere Umstände hin oder täuschen eine Sondersituation vor. Jeder Händler muß ständig mit derartigen Beeinflussungen rechnen und seine Vertragstreue daran bewähren. Die Erprobung der Vertragstreue ist im gleichen Umfang zulässig. Aus diesem Grunde ist ein Interesse des Handels an der Ausschaltung derartiger Täuschungsversuche nicht schutzwürdig.
Wollte man die Vorspiegelung von Sondersituationen nur dann als zulässig ansehen, wenn ein (hinreichender) Verdacht auf Preisbindungsverstöße besteht, würde eine unnötige Gefährdung des Systems eintreten. Auch wäre der Probekauf dann meist überflüssig.
Um Verleitungen mit Sicherheit auszuschalten, muß allerdings die Beeinflussung des Händlers möglichst gering gehalten werden.

---

1) Ähnlich Baumbach-Hefermehl Einl., 237 (Abwehrzweck kann die Sittenwidrigkeit der Handlung ausschließen); a.A. Johannes BB 1961, 577, 579.

Die Vorspiegelung einer Sondersituation sollte das letzte Mittel sein.
Zweck jedes Probekaufes ist die Überprüfung der Vertragstreue. Daher ist niemals zulässig, den Händler zu einer Preisunterbietung durch intensive Einwirkungen zu überreden oder durch mehrfach wiederholte Bitten zu drängen. Art und Dauer der Einflußnahme müssen eine freie Entscheidung des Händlers zulassen.[1)]
Daher darf ein Testkäufer nie zum Ausdruck bringen, daß er nur dann kaufen werde, wenn der Händler seinen Bitten nachgibt. Hier könnte u.U. der moralische oder wirtschaftliche Druck zu stark sein.
Zulässig sind alle Fragen, Bitten oder Wünsche.
Unzulässig wird das Vorgehen, wenn der Probekäufer Druck ausübt, um seinen Äußerungen Nachdruck zu verleihen.

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Zur Sicherung der Preisbindung ist es zulässig und zweckmäßig, den Händlern u.U. besondere Umstände vorzuspiegeln, um ihre Vertragstreue in Sondersituationen zu erproben.

e) Vortäuschen der Wiederverkäufereigenschaft

Weiter ist zu untersuchen, ob ein Probekäufer als Wiederverkäufer auftreten oder den Weiterverkauf vorspiegeln darf, um die Markenware unter dem vorgeschriebenen Endverbraucherpreis zu erhalten.
Entscheidendes Kriterium für das Ausmaß der zulässigen Beeinflussung ist auch hier, ob der Händler noch die Möglichkeit hat, eine freie Entscheidung zu treffen.
Der Umfang erlaubter Einflußnahme hängt wesentlich davon ab, ob der Großhändler damit rechnen kann und muß, daß Endverbraucher bei ihm einkaufen.

Beliefert er ausschließlich Einzelhändler, so sind ihm seine Abnehmer meist bekannt. Neue Kunden wird er in der

1) Unzulässig sind daher z.B. Drohungen, längeres Überreden, mehrfach wiederholte Fragen oder Bitten. Zulässig sind u.a. Hinweise auf Leistungen anderer Händler, Mängel der Ware, bestimmter Geldbetrag, gewisse Notsituation.

Regel nur oberflächlich überprüfen. Die Tatsache des Einkaufs und die Menge der bezogenen Ware ist bereits eine gewisse Legitimation. Wenn sich bei dieser Sachlage ein Testkäufer als Zwischenhändler bezeichnet und größere Warenmengen erwirbt, so liegt hierin eine sittenwidrige Verleitung zum Vertragsbruch.[1] *Das bedeutet aber nicht, daß sich ein Kontrollkäufer als Endverbraucher zu erkennen geben muß; unklares und mehrdeutiges Verhalten ist vielmehr zulässig.*[2]
Der Probekäufer darf daher selbstsicher auftreten, Preislisten benutzen u.ä.[3] *Allerdings darf er nur kleine Warenmengen einkaufen.*

Andere Maßstäbe gelten, wenn der Großhändler die Markenware im gleichen Geschäftsraum sowohl an Wiederverkäufer als auch an Endverbraucher verkauft. Hier darf der Händler nicht davon ausgehen, jeder Kunde sei ein Einzelhändler. Ob der Käufer die Ware weiterverkauft oder selbst verbraucht, ist nicht äußerlich erkennbar. Eine klare Trennung der Kundenkreise ist nur durch objektive Beweismittel, d.h. durch Vorlage des Gewerbescheines, möglich.[4] *Wenn der Händler seine Kunden danach einstuft, wie sie auftreten und welche Angaben sie machen, nimmt er bewußt das Risiko in Kauf, auch an Endverbraucher zu Wiederverkaufspreisen zu verkaufen. Vertreibt er die Ware zu einem Sonderpreis, der zwischen dem Endverbraucher- und dem Wiederverkäuferpreis liegt, so zeigt dies deutlich, daß er den betreffenden Kunden als Verbraucher und nicht als Weiterverkäufer ansieht.*

---

1) Zutreffend LG Köln JMBl NRW 1965, 15o, 151; LG Bonn BB 1965, 685.
2) So m. R. LG Köln aaO; LG Bonn aaO.
3) LG Köln aaO; LG Bonn aaO.
4) So m.R. BGH WRP 1964, 315, 319 (Grauer Markt); Knopp Anm. GRUR 1964, 633, 634; ähnlich OLG Hamburg MA 1965, 78, 83; BB 1962, 1348, 1349; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 497, 499; Martino MA 1963, 665 f.

Kein Einzelhändler wird nämlich mehr bezahlen als den festgesetzten Großhandelspreis, zu dem er bei jedem korrekten Großhändler einkaufen kann.[1]
Solange daher der Testkäufer keinen brancheeigenen Gewerbeausweis vorzeigt, trifft der Händler eine freie Entscheidung, ob und zu welchem Preis er verkaufen will.

Als zulässig ist daher angesehen worden: selbstsicheres Auftreten[2], Vorspiegelung einer bestimmten Firma oder Bezeichnung als Zwischenhändler[3], Angabe einer falschen Adresse[4], Vorlage branchenfremder Gewerbeausweise[5].
Unzulässig ist die Vorlage brancheneigener Gewerbeausweise, da der Großhändler dann mit Recht davon ausgehen darf, der Probekäufer sei ein zum Einkauf berechtigter Beauftragter des betreffenden Einzelhändlers.[6]
Mit gefälschten Gewerbeausweisen oder unberechtigten Einkäufen auf echte Ausweise braucht der Händler nicht zu rechnen.
Zur Sicherung der Preisbindung ist es daher als zulässig anzusehen, in gewissen Grenzen die Wiederverkäufereigenschaft vorzutäuschen, um die Vertragstreue der Großhändler zu überprüfen.
Um jeden Verdacht einer sittenwidrigen Verleitung zum Vertragsbruch zu vermeiden, wird es angebracht sein, sich bei einer Kontrolle auf unklares oder mehrdeutiges Auftreten zu beschränken. Wenn der Händler hierauf eingeht, nimmt er zumindest bewußt in Kauf, daß der vor ihm stehende Kunde kein Wiederverkäufer ist.

---

1) Darauf weist das OLG Hamburg WRP 1962, 17o, 171 m. R. hin.
2) LG Köln JMBl NRW 1965, 15o/151; LG Bonn BB 1965, 685.
3) Ähnlich BGH WRP 1964, 315, 319 (Grauer Markt); OLG Hamburg WUW/E OLG 532; Martino MA 1963, 665; Meyer MA 1962, 431, 436; a.A. LG Köln aaO; LG Bonn aaO; wohl auch OLG Frankfurt WRP 1963, 162 f.; 57,58.
4) LG Bonn aaO; LG Köln aaO.
5) LG Hamburg MA 1966, 29.
6) BGH aaO und Knopp Anm. GRUR 1964, 633,634 betonen m.R., daß der Nachweis der Identität mit dem Ausweisinhaber nicht zu verlangen ist, da Unbefugte diese Ausweise selten erhalten; a.A. OLG Hamburg BB 1962, 1348, 1349.

f) Eingehen auf Verschleierung der Verkaufssituation

Im täglichen Leben kommt es häufig vor, daß Händler, um die Preisbindungsverstöße zu verschleiern, ihren Kunden eine bestimmte Form des Vorgehens empfehlen oder -pro forma- die Unterschrift unter eine Erklärung verlangen. Nur wenn der Kontrollkäufer bei der ihm vom Händler[1] angebotenen Tarnung des Unterpreisverkaufes mitwirkt, ist es möglich, die meist verschleierten Preisbindungsverstöße aufzudecken.

Daher ist der Testkäufer berechtigt, auf jede Form der Tarnung einzugehen, die ihm vom Händler angeboten oder vorgeschlagen wird.[2]

Hier wird der Händler nicht getäuscht, sondern es besteht eine verkappte Übereinstimmung, daß man den Preisbindungsverstoß verschleiern wolle.

Zum Schutz der Preisbindung ist der Probekäufer verpflichtet, bei der Verschleierung der Verkaufsbedingungen mitzuwirken.

Als Formen der Tarnung seien erwähnt:

(I) Der Händler stellt sog. Kundenausweise aus, ohne daß er die Angaben der Kunden überprüft.

(II) Er läßt seine Käufer -pro forma- eine Erklärung unterschreiben, daß sie zum Einkauf im Großhandel berechtigt sind und bei Weiterverkauf die vorgeschriebenen Preise einhalten werden.

(III) Auf der Rechnung wird die vom Kunden angegebene Firma und deren (vermeintlicher) Geschäftssitz eingetragen.

(IV) Andere Händler weisen darauf hin, daß sie preisgebundene Markenwaren "nicht direkt" billiger verkaufen dürfen. Sie geben daher preisfreie Ware kostenlos oder verbilligt als "Zugabe".

Der Testkäufer darf und soll auf alle denkbaren Formen der vom Händler angebotenen Verschleierung eingehen.

1) Wegen § 13 Abs. 3 UWG ist es gleichgültig, ob der Inhaber oder ein Angestellter die Handlungen vornimmt. Bei Schadensersatzansprüchen muß auf die §§ 278, 831 BGB zurückgegriffen werden.

5) Interessenabwägung

Zur Überprüfung der Einzelergebnisse sind die wesentlichsten Interessen, die durch das Vorgehen der Testkäufer beeinträchtigt sein könnten, kurz darzustellen.
Die preisbindenden Unternehmen sind daran interessiert, daß Lücken oder Unsicherheitsfaktoren im System möglichst frühzeitig entdeckt werden. Hierzu ist notwendig, daß die Probekäufer Sondersituationen vortäuschen, als Wiederverkäufer auftreten und auf Verschleierungsvorschläge eingehen dürfen.
Die Interessen der überprüften Händler sind unterschiedlich. Außenseiter oder Vertragsbrüchige wollen nicht entdeckt werden, um aus den Preisunterbietungen möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Die korrekten Händler scheuen demgegenüber die Überprüfung als solche nicht; sie verlangen sie sogar, um unlautere Wettbewerbshandlungen auszuschalten und die konforme Wettbewerbslage zu erhalten. Allerdings fordern sie, daß es nicht zu einer Verleitung zum Vertragsbruch kommen dürfe.
Die Interessen der Außenseiter und der vertragsbrüchigen Händler an der Fortsetzung ihres unlauteren Wettbewerbes auf Kosten des Herstellers, der vertragstreuen Mitbewerber sowie der Allgemeinheit sind nicht schutzwürdig. Den Interessen des vertragstreuen Handels ist in vollem Umfang Rechnung getragen worden.
Verbraucher und Allgemeinheit sind daran interessiert, gute Ware möglichst preiswert einzukaufen. Vereinzelte Preisunterbietungen von Außenseitern oder vertragsbrüchigen Händlern dienen diesem Ziel nur scheinbar, da lediglich

---

2) Ähnlich BGH MA 1967, 401 f., bes. 402; OLG Hamburg MA 1965, 78, 84; WUW/E OLG 532; WRP 1962, 170, 171. Oben S. 162 ff. ist im einzelnen dargelegt worden, was der Testkäufer von sich aus vortäuschen darf. Wenn der Händler die Tarnung selbst anbietet, gelten die zu seinem Schutz aufgestellten Grenzen nicht.

eine relativ kleine Zahl von Verbrauchern vorübergehend in den Genuß der billigen Preise kommt. Wird die Zahl der Preisbrecher groß, so kann zwar eine Vielzahl von Verbrauchern billig einkaufen, doch besteht selbst bei marktkonformen Preisbindungen die Gefahr, daß diese vom Bundeskartellamt aufgehoben oder von Preiskämpfen ausgezehrt werden. In beiden Fällen ist also u.U. der Fortbestand der Ware, des Kundendienstes, des weitgestreuten Verkaufsnetzes oder anderer für Verbraucher und Allgemeinheit vorteilhafter Umstände gefährdet.
Es erscheint daher sinnvoller, den lauteren Wettbewerb möglichst zu erhalten und der Auslese durch das Leistungsprinzip zu vertrauen. Ist die Ware zu teuer, so wird der bestehende Preiswettbewerb in absehbarer Zeit Preissenkungen erzwingen. Warentests sowie gleichartige Konkurrenzwaren üben in der Regel einen erheblich stärkeren und gesünderen Druck auf die Preise aus, als das durch Lockvogelangebote des Handels möglich ist. Daher entspricht es auch dem wohlverstandenen Interesse von Verbraucher und Allgemeinheit, wenn die Testkäufer unlautere Wettbewerbshandlungen bereits im Ansatz aufdecken können.

Das zweckmäßige Vorgehen der Testkäufer steht demnach im Einklang mit der Interessenlage.

6) Interesse an der Überführung des Händlers

Um den Zweck der Überwachung nicht zu gefährden, ist es wesentlich, daß die Probekäufer keinerlei Interesse an der Überführung auch nur eines Händlers haben.
"Überführungs"-Provisionen sowie sonstige rechtliche oder tatsächliche Vergünstigungen sind äußerst bedenklich, da dann die Wahrscheinlichkeit besteht, daß einige -wenn nicht sogar alle- Testkäufer zu Preisunterbietungen anreizen oder mit unerlaubten Mitteln darauf hinwirken werden.
Durch die Tatsache des eigenen Interesses ist auch die

Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen erheblich beeinträchtigt. Außerdem besteht im Prozeß die Gefahr, daß die Abgrenzung zwischen erlaubter Täuschung und sittenwidriger Verleitung im Zweifel zugunsten des Händlers ausfällt.
Bei Sondersituationen wäre der Preisbindungsverstoß praktisch nicht mehr nachweisbar, da der Aussage des Testkäufers in der Regel die Aussagen der Angestellten gegenüberstehen. Da alle Zeugen Interesse an einem bestimmten Ausgang des Prozesses haben, ist der Beweiswert ihrer Aussagen grundsätzlich gleich.
Es läßt sich nicht ausschließen, daß der Testkäufer falsch aussagt, um seine Provision zu erhalten. Ebenso ist möglich, daß die Angestellten aus einem -falsch verstandenen- Solidaritätsgefühl bestrebt sind, ihren Arbeitgeber vor einer Verurteilung wegen Preisunterbietung zu bewahren. Weiter ist denkbar, daß sie Geltendmachung von Schäden etc verhindern wollen, um ihre Stellung im Betrieb zu festigen.

7) Zusammenfassung

Bei dem Kontrollkauf sind alle Beeinflussungen zulässig, die im täglichen Leben üblicherweise auftreten. Werden besondere Umstände oder Eigenschaften vorgetäuscht, dürfen die Angaben und die Einflußnahme das normale Maß nicht überschreiten. Doch ist dem Testkäufer alles erlaubt, was auch jeder andere Kunde darf. Entscheidend ist allerdings, daß der Händler bei allen vorgetäuschten Situationen eine e i g e n e Entscheidung treffen kann.
Hat der Händler seine Vertragstreue deutlich zum Ausdruck gebracht, darf ihn der Probekäufer nicht durch wiederholtes Drängen oder Bitten umzustimmen versuchen; auf Verschleierungsvorschläge darf der Kontrollkäufer allerdings immer eingehen.

IV. EINZELPROBLEME BEI DER ÜBERPRÜFUNG DURCH TESTKÄUFE

1) Verkauf an Testkäufer als Preisbindungsverstoß

In Lehre und Rechtsprechung wird vereinzelt die Meinung vertreten, der Verkauf an einen Testkäufer könne schon deshalb keinen Preisbindungsverstoß darstellen, weil dieser kein Endverbraucher sei.[1] Endverbraucher sei nur der, der die Markenware für sich gebrauche oder verbrauche. Da der Probekäufer die erhaltene Ware auftragsgemäß beim Hersteller abliefere, sei er kein Endverbraucher. Demnach könne der Händler an den Kontrollkäufer auch unter dem vorgeschriebenen Endverbraucherpreis verkaufen, ohne dadurch gegen die Preisbindung zu verstoßen.
Diese Begriffsbildung und die Folgerungen orientieren sich allein am verwendeten Wort, lassen jedoch den Sinn des Preisbindungsreverses außer Betracht. Auch gibt es einige Testkäufer, die die erstandene Ware selbst verbrauchen, also auch nach dieser Definition Endverbraucher sind.[2]
Der Preisbindungsvertrag unterscheidet zwischen Wiederverkäufern und Endverbrauchern. Regelmäßig werden für beide Käufergruppen bestimmte Festpreise vorgeschrieben. Die Auslegung des Preisbindungsreverses ergibt, daß nur diese zwei Gruppen bestehen und daher immer entweder zu dem einen oder dem anderen Preis verkauft werden soll.[3] Eine dritte Gruppe von Käufern gibt es nicht.

---

1) Johannes BB 1962, 12o, 121; OLG Düsseldorf WUW/E OLG 497, 498; AG Hamburg BB 1962, 112 f.
2) Johannes aaO bezweifelt erstaunlicherweise selbst hier die Verbrauchereigenschaft und damit den Preisbindungsverstoß. Er meint, der Hersteller müsse immer die Ware zurückverlangen, da sonst die Lückenlosigkeit der eigenen Preisbindung durchbrochen würde. Bei konsequenter Durchführung dieses Gedankens müßte der Hersteller zur Wahrung der Lückenlosigkeit alle unter Preis verkauften Waren erwerben. Warum eine Mitteilung an den Hersteller von der festgestellten Preisunterbietung die Verbrauchereigenschaft berühren soll, ist außerdem unverständlich.

Geht man von der dargestellten p o s i t i v e n Begriffsbestimmung der Endverbraucher aus, so bleibt neben den Wiederverkäufern noch eine dritte Gruppe, da es Käufer gibt, die die Waren weder selbst gebrauchen oder verbrauchen noch weiterverkaufen wollen. Die aufgestellte Definition widerspricht damit dem Sinn und Zweck des Preisbindungsvertrages, weil nur gegenüber Weiterverkäufern der gebundene Endverbraucherpreis unterschritten werden darf.

Da der Begriff des Wiederverkäufers klar abgrenzbar ist, erscheint es sinnvoll n e g a t i v abzugrenzen: Endverbraucher i.S. der Preisbindungsklausel ist jeder, der nicht Wiederverkäufer ist.[1)]

Dies entspricht dem Zweck der Unterscheidung und ermöglicht eine klare Abgrenzung der Kundenkreise.
Unter diese Begriffsbestimmung fällt auch der Testkäufer.

In einigen Gerichtsentscheidungen wird nicht objektiv, sondern subjektiv abgegrenzt:
Endverbraucher sei jeder, der als solcher auftrete.[2)]

Für die meisten Fallgruppen kommt man mit dieser Abgrenzung zu den gleichen Ergebnissen wie oben. Dennoch ist sie abzulehnen, da der Händler nicht schon dann zu Wiederverkaufspreisen verkaufen darf, wenn ein Kunde als Weiterverkäufer auftritt.

---

3) Zustimmend OLG Hamburg MA 1965, 78, 82; 1962, 481 f. Hier bleibt außer Betracht, daß durch Mengenrabattstaffeln, Sonderpreisen für gewerbliche Großverbraucher u.ä. innerhalb der beiden Gruppen Unterschiede bestehen können.

---

1) Wohl die überwiegende Meinung; OLG Hamburg MA 1965, 78, 82; BB 1962, 1349; MA 1962, 481; LG Hamburg MA 1962, 1o3; BB 1962, 112 m.N.; Meyer MA 1962, 431,435; Brücher BB 1962, 119, 12o; im Ergebnis zust. auch BGH WRP 1964, 315, 319 (Grauer Markt).

2) OLG Frankfurt WRP 1965, 184, 185; OLG Hamburg WRP 1962, 363; 17o f.; LG Frankfurt MA 1963, 586; ähnlich LG Düsseldorf MA 196o, 531 sowie Marino MA 1963, 665 f.

Schließlich soll noch kurz die Meinung von Johannes[1] erwähnt werden, der beim Verkauf an einen Testkäufer den Preisbindungsverstoß deshalb ablehnt, weil die Markenware im Einflußbereich des Herstellers geblieben sei. Nach dem Zweck des Preisbindungsvertrages sei dieser Verkauf nicht verboten, da objektiv kein Absatz an die nächste Handelsstufe vorliege.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, da der Preisbindungsvertrag den Verkauf unter dem Endverbraucherpreis nur an Wiederverkäufer zuläßt.
Die lückenlose Durchführung des Preisbindungssystems wäre nicht mehr sichergestellt, wenn jeder Händler bei Preisunterbietungen -unwiderlegbar- behaupten könnte, er habe seinen Kunden als Probekäufer angesehen und habe nur deshalb den vorgeschriebenen Preis unterschritten.

Der Kaufvertrag und die Übereignung erfolgen zwischen Händler und Kontrollkäufer (Absatzgeschäft). Daß der Testkäufer zu diesem Kauf vom Hersteller beauftragt worden ist und die gekaufte Ware abliefert, ändert nichts daran, weil er im eigenen Namen handeln will und gehandelt hat (§ 164 Abs. 2 BGB).
Die Grundsätze über das Geschäft "mit wem es angeht" finden keine Anwendung, da hierfür Voraussetzung ist, daß dem Verkäufer (Händler) die Person dessen "den es angeht" gleichgültig ist und der Handelnde (Testkäufer) für den Vertretenen abschließen will.[2]
Der Händler darf nur an Wiederverkäufer unter dem Endverbraucherpreis verkaufen, deshalb ist ihm sein Vertragspartner nicht gleichgültig. Hätte er gewußt, daß sein Kunde ein vom Hersteller beauftragter Kontrollkäufer ist, hätte er bestimmt nicht zu diesem Preis abgeschlossen.

---

1) BB 1961, 577, 578; 1962, 12o, 121; ähnlich OLG Düsseldorf MA 1963, 665 (über das sog. "Geschäft, an den es angeht").
2) H.M.; vgl. statt aller Erman-Böhle-Stammschräder § 164 13; Erman-Westermann § 929, 17.

Auch der Vertreter (Testkäufer) will -bei Würdigung der Sachlage- im eigenen Namen abschließen, da er den Preisbindungsverstoß nachweisen soll.[1]

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Der Verkauf an den Kontrollkäufer unter dem vorgeschriebenen Endverbraucherpreis verstößt gegen die Preisbindung, da der Probekäufer als Endverbraucher i. S. des Preisbindungsreverses handelt.

2) Prüfung der Wiederverkäufereigenschaft

In den Preisbindungsreversen ist festgelegt, daß der Händler an Endverbraucher ausschließlich zu den Endverbraucherpreisen verkaufen darf und bei Lieferung über Wiederverkäufer diesen die Bindung an die Endverkaufspreise auferlegen muß.
Die Auslegung dieser Bestimmungen gemäß § 157 BGB ergibt, daß der Händler bei Auslieferung zu Zwischenhandelspreisen verpflichtet ist, die Wiederverkäufereigenschaft seiner Kunden zu prüfen. Ein Großhändler kann nämlich seine Verpflichtungen aus dem Preisbindungsrevers nur erfüllen, wenn er die Endverbraucher in eindeutiger Weise von den Weiterverkäufern zu unterscheiden vermag.
Hierfür genügen eigene Angaben der einzelnen Kunden nicht, da keine Gewähr für deren Richtigkeit besteht.[2]
Vielmehr bedarf es einer Bestätigung durch objektive Beweismittel, d.h. durch Vorlage des brancheeigenen Gewerbeausweises.[3]

---

1) Vgl. im einzelnen Brücher BB 1962, 119,12o.
2) BGH WRP 1964, 315, 319 (Grauer Markt); a.A. OLG Frankfurt WRP 1963, 16o, 162.
3) Überwiegende Meinung; BGH aaO; OLG Hamburg MA 1965, 78, 83; BB 1962, 1348, 1349; WRP 1962, 17o, 171 (st. Rspr); OLG Düsseldorf MA 1963, 665; Martino MA 1963, 665, 66; Knopp Anm. GRUR 1964, 633, 634; a. A. OLG Frankfurt aaO (nur bei ausdrücklicher Klausel im Preisbindungsrevers). In seiner neuesten Entscheidung verlangt der Bundesgerichtshof(MA 1967, 4o1 f.) zumutbare Kontrollmaßnahmen (S. 4o1) und beanstandet die Meinung des Berufungsgerichtes nicht, daß es genüge,wenn der Kunde nach ernstzunehmender Belehrung seine Wiederverkäufereigenschaft durch Unterschrift bestätige (S. 4o2). Ein Abrücken von der früheren Entscheidung

Nur auf diese Weise ist eine zuverlässige Feststellung der Wiederverkäufereigenschaft möglich. Zusätzlicher Nachweis der Identität mit dem Ausweisinhaber durch Vorlage des Personalausweises ist nicht zu verlangen, da Unbefugte den Gewerbeschein erfahrungsgemäß nur schwer erhalten und die Mehrbelastung außer Verhältnis zum Erfolg stände.[1] Außerdem könnte die Frage nach dem Personalausweis leicht als Mißtrauen ausgelegt werden, was u.U. zu einer Störung des Vertrauensverhältnisses führen würde.
Zu prüfen bleibt, ob die Kontrolle des Gewerbeausweises den Beteiligten zumutbar ist. Hat der Großhändler durch die Art der Betriebsorganisation die Gefahr von Preisbindungsverstößen heraufbeschworen, muß er durch entsprechende Maßnahmen die Gefährdung wieder beseitigen. Ihm ist daher die Überprüfung der Gewerbeausweise seiner Kunden zumutbar.[2] Trennt er die Käuferkreise räumlich oder zeitlich in eindeutiger Weise, so ist nur zu Beginn der Geschäftsbeziehungen und bei Verdachtsmomenten eine Ausweisprüfung notwendig und zumutbar.
Die Kontrolle des Gewerbescheins ist den Kunden ebenfalls zumutbar, da lediglich auf diese Weise sichergestellt werden kann, daß allein die Berechtigten in den Genuß der Sondervorteile kommen.[3]

---

ist hierin nicht zu erblicken, da der Händler die Wiederverkäufereigenschaft seiner Kunden überhaupt nicht geprüft hatte. Zum Umfang der Prüfung brauchte der Bundesgerichtshof daher nicht Stellung zu nehmen.

1) Im Ergebnis zustimmend BGH WRP 1964, 315, 319 (Grauer Markt); Knopp aaO; a.A. OLG Hamburg BB 1962, 1348, 1349.
2) BGH aaO; a.A. OLG Frankfurt WRP 1963, 162 (... diese Kontrollmaßnahmen seien nicht zumutbar, da sie bei regem Kundenverkehr den Geschäftsbetrieb behindern). Diese Begründung ist unverständlich, da die schriftliche Bestätigung der Wiederverkäufereigenschaft unter Adressenangabe den Kundenverkehr wesentlich stärker behindert oder beeinträchtigt als das bloße Vorzeigen des Gewerbescheins. Daß jetzt Endverbraucher nicht mehr einkaufen können, ist unbeachtlich.
3) BGH aaO; Knopp aaO.

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Jeder Großhändler ist verpflichtet die Wiederverkäufereigenschaft seiner Kunden durch objektive Beweismittel zu überprüfen. Bei klarer Trennung der Kundenkreise genügt es, beim ersten Einkauf und bei Verdacht die Ausweise zu prüfen. Verkauft der Händler in einem Raum an Endverbraucher und Wiederverkäufer, ist ständige Kontrolle unumgänglich.

3) Beweiswert der Aussagen der Testkäufer

Vorweg ist zu prüfen, welche konkreten Angaben der Kontrollkäufer über den Probekauf machen muß.
Das Oberlandesgericht Frankfurt[1] verlangt genaue Angaben über Tag und Stunde des Einkaufs sowie die näheren Umstände des Geschäftsvorganges, insbesondere über die Person des Verkäufers, das Verkaufsgespräch und gegebenenfalls auch darüber, ob zur Zeit des Kaufes Publikumsandrang geherrscht hat oder nicht. Weiter muß der Kassenzettel vorgelegt oder angegeben werden, daß trotz Aufforderung die Aushändigung eines Kassenzettels verweigert worden ist. Schließlich wird gefordert, daß der Preisbinder das Ergebnis und die Umstände des Testkaufes dem Händler in einem ausführlichen Bericht umgehend mitteilt, damit dieser den Sachverhalt näher klären und dazu Stellung nehmen kann. Fehlt es an einer umgehenden Mitteilung, sollen die dadurch auftretenden Beweisschwierigkeiten zu Lasten des Preisbinders gehen.
Diese Anforderungen sind überspitzt. Zu verlangen ist lediglich eine unverzügliche Mitteilung über die Zeit des Einkaufes unter Vorlage einer Kopie des Kassenzettels. Die Umstände des Kaufes brauchen erst geklärt zu werden, wenn der Händler sich auf eine Verleitung zum Vertragsbruch beruft.
Verlangt man grundsätzlich, daß der Hersteller einen ausführlichen Bericht liefert, so wird unnötige Arbeit ver-

1) WRP 1963, 160, 161; 57;NJW 1963, 1155, 1156.

ursacht.
Für den Beweiswert der Aussage des Testkäufers ist von Bedeutung, daß er an der Feststellung des Unterpreisverkaufes keinerlei Interesse hat und das Geschäft des Händlers ausschließlich zu dem Zweck betreten hat, einen Kontrollkauf vorzunehmen.[1)]
Demgegenüber sind die Aussagen des Verkaufspersonals in der Regel nur von eingeschränktem Wert, da die Angestellten am Ausgang des Verfahrens nicht uninteressiert sind und sich oft an den Verkauf nicht mehr genau erinnern können.[2)]

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Damit der Händler den behaupteten Preisbindungsverstoß überprüfen kann, ist erforderlich, daß das preisbindende Unternehmen festgestellte Verstöße unverzüglich mitteilt. Für den Beweiswert der Aussage des Testkäufers ist entscheidend, daß er keinerlei Interesse an einer Verleitung des Händlers hat.

4) Kosten des Testkaufes als Schadensersatz

Eingetretener Schaden wird nur ersetzt, wenn und soweit er durch wettbewerbswidriges, vertragswidriges oder deliktisches Verhalten eines Händlers adäquat verursacht worden ist.
Die regelmäßigen Testkäufe dienen der Aufrechterhaltung des Preisbindungssystems und sind durch keine konkrete Preisunterbietung veranlaßt worden. Durch die Kontrolle soll erst festgestellt werden, ob einer oder mehrere Händler unter dem vom Preisbinder festgesetzten Endverbraucherpreis verkaufen. Daher kann der preisbindende Unternehmer die Kosten für die regelmäßigen Testkäufe nicht als

---

1) Vgl. im einzelnen OLG Hamburg MA 1964, 795 f.; WRP 1966, 1o6 f.; OLG Nürnberg MA 1966, 349, 35o; OLG Koblenz WRP 1964, 94, 99.
2) OLG Hamburg aaO, S. 796; a.A. OLG Frankfurt BB 1962, 1o59.

Schadensersatz verlangen.[1]
Sind allerdings die Probekäufe durch das Verhalten eines konkreten Händlers ausgelöst worden, so bestehen keine Bedenken die Kosten dieser zusätzlichen Kontrollkäufe als Teil des Schadensersatzanspruches anzusehen. Dies ist der Fall, wenn Probekäufe bei hinreichendem Verdacht vorgenommen werden oder aber, wenn aufgrund der Preisunterbietungen eines oder mehrerer Händler der Preisbinder zu verstärkten Kontrollkäufen gezwungen ist, um die lückenlose Durchsetzung des Systems wiederherzustellen. Die Kosten für diese Testkäufe sind durch das wettbewerbswidrige sowie meist auch vertragswidrige Verhalten der Händler adäquat verursacht worden. Lassen sich die auftretenden Unkosten auf das Verhalten eines Händlers zurückführen, so haftet dieser. Haben mehrere Händler durch Preisunterbietungen die zusätzlichen Kontrollkäufe verursacht, so haften sie als Gesamtschuldner, wenn sich die verursachten Unkosten nicht aufschlüsseln lassen.[2]
Der Hersteller braucht sich den "preiswerten" Einkauf der Markenware nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen, da die Kosten für einen Verkauf zu Endverbraucherpreisen den Mehrerlös in der Regel übersteigen werden.[3]

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Der Hersteller kann nur dann die Kosten für Testkäufe ersetzt verlangen, wenn der zum Schadensersatz verpflichtete Händler die Probekäufe adäquat verursacht hat.

---

1) So m.R. OLG Frankfurt BB 1962,735; ähnl. Langen §16,151. Die st. Rspr des BGH im Falle GEMA(Schulze, Rspr zum Urheberrecht, BGHZ 17, S. 1o; 65, S. 11/12; erwähnt auch in 13o, S. 1o/11) steht dem nicht entgegen. Dort hat er ausgeführt, daß die Kosten der Überwachung eine Verdopplung der Tarifgebühren bei Rechtsverletzern rechtfertige. Die Kontrollkosten müßten billigerweise allein von den Rechtsverletzern getragen werden. Diese Begründung paßt hier nicht: Der Preisbinder muß aus eigenem Interesse die Durchsetzung der Preisbindung laufend überwachen. Nur bei ständiger Überwachung kann die tatsächliche Lückenlosigkeit sichergestellt und im Prozeß nachgewiesen werden. Die Feststellung der Preisbindungsverletzungen ist nur Nebenfolge nicht aber der alleinige Zweck der Kontrollmaßnahmen.

E. WIRKSAMKEIT EINES WARNSCHILDES AM EINGANG DER VERKAUFSRÄUME

Manche Händler hängen am Eingang ihrer Geschäftsräume sog. Warnschilder auf, um die Kontrollkäufer der preisbindenden Unternehmen abzuschrecken. Die an gut sichtbarer Stelle angebrachten Schilder tragen im allgemeinen folgende Aufschrift:

> "Testkäufern ist das Betreten meiner Geschäftsräume strengstens untersagt. Bei Zuwiderhandlung wird Anzeige wegen Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) erstattet." 1)

I. STRAFRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN

Wenn ein Testkäufer unter Mißachtung des ausgesprochenen Verbots die Geschäftsräume betritt, könnte dies als Hausfriedensbruch angesehen werden.[2] Ob die Verletzung eines derartigen Hausverbots als "eindringen" i.S. von § 123 StGB zu werten ist, läßt sich nur bei Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmales feststellen.
Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut, dem Sinnzusammenhang sowie dem erkennbaren Zweck der Vorschrift ergibt.[3]

---

2) Ob auf diese Form der Nebentäterschaft § 830 BGB entsprechend anzuwenden ist oder die Haftung aus den allg. Grundsätzen über die adäquate Kausalität abgeleitet werden muß, ist streitig. Vgl. im einzelnen m.N. Erman-Drees § 830,4. Da man jedoch über den Rechtsgedanken aus § 840 Abs. 1 BGB hier immer zu einer gesamtschuldnerischen Haftung kommt, kann die richtige rechtliche Konstruktion dahingestellt bleiben.
Eine anteilige Haftung nach Köpfen erscheint nicht sachgerecht und ist dem Preisbinder nicht zumutbar.

3) Ähnlich OLG Düsseldorf MA 1963, 665; a.A. OLG Frankfurt BB 1962, 735.

---

1) Einige enthalten Zusätze wie: "Jeder Kunde, der auf einen Testkäufer aufmerksam macht, erhält eine Belohnung von DM ..." "Testkäufer werden für den Schaden haftbar gemacht." Diese Zusätze sollen die Warnfunktion und die Kunden anlockende Wirkung der Schilder erhöhen.

Hierbei ist vom Wortlaut auszugehen[1], da die Grenze des sprachlich Möglichen die Auslegung der Begriffe nach Sinnzusammenhang und Zweck begrenzt.[2]

Der sprachliche Sinn des Wortes "eindringen" ist mehrdeutig und ermöglicht keine genauere Abgrenzung.[3]
Aus der Wortbedeutung läßt sich nicht begründen, welcher Widerstand beim Betreten der geschützen Räumlichkeiten überwunden werden muß. Ob physischer oder psychischer Widerstand oder beides überwunden werden muß, bleibt unklar.
Daher ist es nötig, den Sinn und Zweck des § 123 StGB durch teleologische Auslegung zu ermitteln. Der entscheidende Anknüpfungspunkt hierfür ist die Feststellung des Schutzobjekts[4], da das Strafrecht vornehmlich am Rechtsgüterschutz orientiert ist.[5]

---

2) Gleichgelagert sind die Fälle, in denen ein Händler einem oder mehreren preisbindenden Unternehmen mitteilt, daß er allen Kontrollpersonen das Betreten seiner Geschäftsräume verbiete. Ob das Hausverbot mündlich oder schriftlich erteilt wird, ist nämlich gleichgültig.
3) BGH St 17, 21, 23 m.N.; 2o, 1o4, 1o7; im übrigen vgl. die N. in BGHZ 46, 74, 76 (Schallplatten). Allg. zur Auslegung im Strafrecht vgl. z.B. Schönke-Schröder § 2 VI (Rdnr. 3o-4o) m.N.

---

1) BGH St 14, 116, 118; 18, 151, 152; Maurach (AT) § 9 B 1 (S. 85).
2) BGH St 3, 3oo,3o3; Schönke-Schröder § 2, 31 m.N.; Maurach (AT) § 9A 2 (S. 84); Larenz S. 241 ff., 258; ähnlich Baumann S. 117, 123 ff.
3) Im einzeln siehe Hanack JuS 1964, 352, 353.
4) Hanack aaO, Anm. 8;ähnlich Maurach (AT) § 19 II A 3 (S. 183); Jagusch (LK) § 2 I 3 b ee; Schönke-Schröder § 2, 38 m.N.; Anklänge bei BGH St 15, 128, 13o.
5) Baumann S. 117, 119; Schönke-Schröder vor § 1, 21,23; Maurach (AT) § 19 II A 1 (S. 179 ff.), 3 (S. 182 f.); im einzelnen vgl. Schwinge S. 21 ff. , 33 ff., bes. 22, 27, 32 (m.v.N.) sowie Roxin JuS 1966, 377, 381 ff. (unter B I), bes. 381/382.

1) Rechtsgut

a) Hausfriede

Geschütztes Rechtsgut könnte der äußere Friede der häuslichen oder geschäftlichen Sphäre, d.h. die ungestörte Ausübung des Besitzes, sein.[1] Dies entspricht annähernd der germanischen Rechtsauffassung.[2]
Als Begründung läßt sich anführen: § 123 StGB spricht von "Hausfriedensbruch" und "befriedetem Besitztum". Auch die Einordnung unter die "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" könnte als Anhaltspunkt angesehen werden. Diese systematische Stellung im Gesetz könnte darauf hinweisen, daß die Öffentlichkeit zur Sicherung des Gemeinschaftsfriedens am Schutz des Hausfriedens interessiert ist.
Die Bezeichnung als Hausfriedensbruch entspricht der geschichtlichen Überlieferung. Eine Festlegung auf das Schutzgut des äußeren Friedens war damit nicht bezweckt.[3] Mit "befriedet" ist nicht der Friede eines Hauses sondern nur die äußere Abgrenzung der Räumlichkeit gemeint.[4] Daher kann der Begriff des "befriedeten Besitztums" nicht zur Begründung für ein bestimmtes Schutzobjekt herangezogen werden.
Aus der systematischen Einordnung des § 123 StGB kann ebenfalls kein Anhaltspunkt für das geschützte Rechtsgut hergeleitet werden. Der Gemeinschaftsfriede und damit die

---

1) Beling § 54 (S. 85); v. Hippel S. 206/207; Goldschmidt S. 22, 23 mit Anm. 35; Mayer S. 163, 165 Anm. 1; Henseler WRP 1962, 325; ähnl. OLG Hamm MA 1965, 27, 28; LG Frankfurt NJW 1963, 1022, 1023; w.N. bei Nölting S. 24 f., 29 f.
2) Vgl. im einzelnen Wilda S. 241 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung des Hausfriedensbruches siehe eingehend Nölting S. 2-17.
3) Nölting S. 25, im einzelnen S. 24 ff.
Als Friedensbereiche galten früher: Land, Stadt, Markt, Kirche und Haus. Der Schutzumfang richtete sich weitgehend nach der Abgegrenztheit und Abgeschlossenheit

öffentliche Ordnung wird durch den Hausfriedensbruch nur mittelbar beeinflußt. § 123 StGB schützt lediglich bestimmte Räumlichkeiten gegen unbefugtes Eindringen oder Verweilen. Eine Strafverfolgung kommt nur dann in Frage, wenn der Verletzte Strafantrag stellt. Da der persönliche Antrag durch nichts ersetzbar ist, entscheidet der Verletzte allein. Dies zeigt, daß die Einordnung des § 123 StGB systemwidrig ist.[1)]

Außerdem spricht gegen einen Schutz des äußeren Friedens in der räumlichen Sphäre, daß der Wille des Berechtigten entscheidet, wann eine Störung des Hausfriedens besteht. Widerrechtliches Eindringen oder unbefugtes Verweilen kann nur bei einem Verstoß gegen den Willen des Berechtigten gegeben sein.[2)] Äußere Störungen sind höchstens Indizien für eine Verletzung des Willens.[3)]

---

der räumlichen Sphäre. Heute bestehen diese alten Friedensinstitute nicht mehr, da der örtliche Schutz durch einen allgemeinen Rechtsschutz ersetzt worden ist. Erhalten geblieben sind allerdings gewisse Schutzelemente des Haus- und Landfriedens in den §§ 123 ff.StGB.

4) H.M.; Schwarz-Dreher § 123, 2C; Schönke-Schröder § 123, Rdnr. 7; Werner (LK) § 123 II 3.

---

1) Allgemeine Meinung; Hanack JuS 1964, 352, 353; Werner (LK) § 123 I; Maurach (BT) § 23 I 1 (S. 17o); Sauer S. 3o1. Nach den Motiven zum StGB (S. 62) ist der einfache Hausfriedensbruch überwiegend aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten an dieser Stelle eingeordnet worden.

2) Allgemeine Meinung; RG St 5/1o9, 111; 12/132, 134; 2o/15o, 156; Heidemann S. 11 ff., besonders 13; Frank § 123 II 1; Werner (LK) § 123 III; Maurach (BT) § 23 II A 3, (S. 172/173, 174); Schönke-Schröder § 123, 11, 17 f.; Hanack aaO, S. 354; Schwarz-Dreher § 123, 3 A a, B c; Welzel § 44 I 1 b (S. 296).

3) Die Rechtsprechung ist meist davon ausgegangen, daß bei rechtswidrigem Tun der Wille des Berechtigten entgegenstehen wird. Auch hat sie wiederholt ausgesprochen, daß eine generelle Erlaubnis in der Regel nicht den Aufenthalt zu rechtswidrigem Tun enthält. Vgl. im einzelnen die in Anm. 2 zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts.

b) Hausrecht

Daher nimmt die herrschende Meinung an, Schutzobjekt des § 123 StGB sei das Hausrecht des Berechtigten und nicht der äußere Friede.[1]
Das Hausrecht wird überwiegend als Gesamtrechtsgut eigener Art angesehen, das Freiheits-, Sicherheits-, Besitz- und Willenselemente enthält. Im einzelnen sind die Formulierungen recht unterschiedlich.[2]
Einige betonen die Besitzsphäre [3], andere die persönliche Freiheit[4]. Eine weitere Gruppe meint, daß die Freiheits- und die Besitzelemente annähernd von gleicher Wichtigkeit sind.[5] Ferner wird die Auffassung vertreten, der Willenskomponente und nicht der persönlichen Freiheit komme die entscheidende Bedeutung zu.[6]

Wenn eine Definition alle diese Varianten erfassen soll, muß sie allgemein bleiben. Als Hausrecht könnte man die Befugnis bezeichnen, darüber zu entscheiden, wer die geschützten Räume betreten und sich darin aufhalten darf.

Aus dem Wortlaut, der Gesetzessystematik und dem Sinnzusammenhang lassen sich keine Anhaltspunkte ermitteln, die für ein so komplexes Rechtsgut sprechen.[7]

---

1) Vgl. die Nachweise bei Schönke-Schröder § 123, 1; Burchardi S. 4; Nölting S. 32 f. (für die Einzelelemente S. 26 ff.) sowie Welzel § 44 (S. 295); Lackner-Maassen § 123, 1; Hanack JuS 1964, 352, 353 f.; Gassmann MDR 1964, 374, 375.
2) Bei der Einordnung in Gruppen wurde versucht, die gegebene Begriffsbestimmung des Hausrechts auszulegen. Entstanden hierbei Widersprüche zu sonstigen Bemerkungen oder blieb die konkrete Aussage unklar, erfolgte die Einstufung mit dem Hinweis "wohl auch".
3) So u.a. Hanack aaO; Maurach (BT) § 23 I 2 (S. 170/171) Lackner-Maassen § 123, 1; wohl auch Olshausen § 123 A2.
4) Schönke-Schröder aaO; Schwarz-Dreher § 123, 1 A; Mezger-Blei § 41 I (S. 111); wohl auch Kohlrausch-Lange § 123 I; Frank § 123 I.
5) Z. B. Werner (LK) § 123 I; Welzel aaO; Nölting S. 33.
6) Burchardi S. 4 f. m.N., 37; wohl auch v. Liszt-Schmidt S. 581.
7) Es handelt sich wohl nur um eine reine Zweckschöpfung.

Unter "eindringen" versteht die herrschende Meinung das Betreten der geschützten Räume gegen den Willen des Berechtigten.[1] Ob dieser Wille sich in einer körperlichen oder nur in einer "geistigen Barriere" manifestiert, ist hierbei gleichgültig. Das körperliche Hindernis als solches ist bedeutungslos, entscheidend ist der Wille des Berechtigten.[2]

Dieses Ergebnis wird durch die zweite Alternative des § 123 Abs. 1 StGB bestätigt. Wer trotz Aufforderung des Berechtigten in den geschützten Räumen verweilt, begeht Hausfriedensbruch. Der Wille des Hausrechtsinhabers ist das maßgebliche Kriterium. Hausfriedensbruch i. S. des § 123 StGB begeht also, wer gegen den erkannten Willen des Berechtigten die Räume betritt oder gegen dessen erklärten Willen darin verweilt. Die beiden Alternativen entsprechen einander.[4] Störendes Verhalten ist für die Verletzung des Hausrechts überflüssig und als solches bedeutungslos. Eine objektive Verletzung der ungestörten Ausübung des Besitzes (des Hausfriedens), ja sogar strafbares Verhalten kann den Tatbestand des Hausfriedensbruches nur dann erfüllen, wenn auch die subjektive Entscheidung des Berechtigten verletzt wird. Allerdings ist eine Verletzung des Willens zu vermuten.

Der Hausrechtsinhaber kann seinen Willen willkürlich ausüben.[5] Sein Einverständnis beseitigt die Tatbestandsmäßigkeit.[6] Die Unrechtsvertypung verlangt also ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten.

---

1) RG St 5/109,111; 12/132, 134; 20/150, 156; Frank § 123 II 1; Werner (LK) § 123 III 1; Maurach (BT) § 23 II A 3a (S. 172); Schwarz-Dreher § 123, 3A a; Gassmann aaO.
2) Regelmäßig ergibt sich allerdings bei physischen Abgrenzungen aus den äußeren Umständen die Vermutung, daß der Hausrechtsinhaber den Zutritt untersagen will.
3) Rechtfertigungsgründe bleiben hier außer Betracht.
4) Vgl. im einzelnen RG St 5/109, 111 f.; 4/322, 323.
5) Schönke-Schröder § 123, 14a; ähnlich OLG Hamm MA 1965, 27; Hanack JuS 1964, 352, 355.
6) Allgemeine Meinung; Schönke-Schröder § 123, 14 b; vor 51, 34; Maurach (AT) § 28 I 1c (S. 285); (BT) § 23 I 2, II A 1(S. 171); Geerds GA 1954, 262, 265.

Die Entfaltung und Darstellung des eigenen Willens in der häuslichen und geschäftlichen Sphäre erscheint demnach als Schutzobjekt des § 123 StGB. Der Begriff "Hausrecht" sollte zur Umschreibung des Rechtsgutes nicht verwendet werden, da er vieldeutig ist. Je nach Betonung der Einzelelemente sind die Ergebnisse im einzelnen sehr unterschiedlich.

c) [Willensorientierte] Entfaltungsfreiheit

Geschützt wird durch § 123 Abs. 1 StGB die erkennbare Entscheidung des Berechtigten. Als Rechtsgut könnte die (willensorientierte) Entfaltungsfreiheit des einzelnen in den geschützten Räumlichkeiten angesehen werden.[1] Der Inhaber des Hausrechts bestimmt darüber, welche Personen die geschützten Räume betreten bzw. sich darin aufhalten dürfen. Er trifft eine persönliche Entscheidung nach subjektiver Einschätzung der Mitwelt.
Der Gesetzgeber will jedem Staatsbürger einen persönlichen Bereich schützen, in dem er sich vom Lebenskampf erholen, die auftretenden Spannungen regulieren, sich vor unerwünschten Einflüssen schützen und seine Persönlichkeit möglichst weitgehend entfalten kann. In der heutigen schnellebigen Zeit ist die Ermöglichung individueller Selbstdarstellung und Entspannung von besonderer Bedeutung. Die Entfaltung und Darstellung des persönlichen Willens in der eigenen Sphäre ist daher -besonders heute- das entscheidende Schutzobjekt des Hausfriedensbruches.[2]

---

1) Ähnlich Binding § 29 I 1 (S. 12o); Sauer § 25 III 4 (S. 3o1); v. Liszt-Schmidt S. 581; Burchardi S. 4 f. m.w.N., 37; OLG Hamburg WRP 1965, 228. Im Ergebnis wohl auch zustimmend die Vertreter des Schrifttums, die beim Hausrecht das Element der persönlichen Freiheit in den Vordergrund stellen (vgl. N. oben S. 186 Anm. 4).

2) Es ist anerkannt, daß jede Strafvorschrift gegenwartsbezogen ausgelegt werden muß; vgl. z.B. BGH St 15, 118, 121; Schönke-Schröder § 2, 34 f. Daher können auch die Grenzen des Schutzobjekts im Laufe der Zeit variieren.

Dieses Ergebnis wird in sämtlichen Entwürfen zur Neufassung des Strafgesetzbuches anerkannt.[1] In allen Entwürfen wurde der Hausfriedensbruch als Vergehen gegen die persönliche Freiheit angesehen.[2] Seit dem Kommissionsentwurf von 1913 bis zum neuesten Entwurf von 1962 lautet die entscheidende Formulierung des Tatbestandes nahezu gleich:

> "... gegen den Willen des Berechtigten eindringt oder sich auf Aufforderung des Berechtigten daraus nicht entfernt...".

Das geschützte Rechtsgut ist ein Ausschnitt der persönlichen Freiheit, kann jedoch nicht mit ihr identifiziert werden.[3] Der Begriff der persönlichen Freiheit umschließt viel mehr; auch ist er nicht eindeutig, da er den Oberbegriff für zahlreiche Freiheitselemente darstellt. Die persönliche Freiheit umfaßt z.B. die körperliche und räumliche Freiheit, die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung usf.[4]
Die Freiheit des Willens , d.h. die unbeeinflußte Willensentschließung sowie die ungestörte Willensausübung, wird durch § 123 StGB nicht in vollem Umfang geschützt. Schutz vor jeglicher Einflußnahme auf die Willensbildung einer Person hat mit freier Entfaltung der Persönlichkeit in der eigenen Sphäre wenig zu tun. Jeder einzelne muß die Einflüsse seiner Umwelt sowie die ihm begegnenden Personen s e l b s t einschätzen. Es ist seine Entscheidung, welche Personen er in seinen Räumen dulden will. Die subjektive Einschätzung des Berechtigten und nicht die objektive Beurteilung der Allgemeinheit oder die subjektive Einstellung des Eintretenden gibt den Ausschlag.

---

1) "Vom Boden der objektiven Auslegungstheorie aus muß den Strafgesetzentwürfen erhebliche Bedeutung für die Auslegung beigelegt werden"; so m.R. Schönke-Schröder § 2, 36 m.N.
2) Vorentwurf 1909 (§ 242); Gegenentwurf 1911 (§ 281); Kommissionsentwurf 1913 (§ 312); Entwurf 1919 (§ 310); Privatentwurf 1922 von Gustav Radbruch (§ 244); Amtl. Entwurf 1925 (§ 251); Regierungsvorlage 1927 sowie Entwurf 1930 (§ 277); Entwürfe von 1960 und 1962 (§ 172).

Allein der Berechtigte kann beurteilen, wer ihm genehm ist, ihn interessiert, ihm Vergnügen bereitet usw. Sein "wahrer" Wille könnte nur dann zur Entfaltung kommen, wenn alle Eintretenden oder Verweilenden die Wahrheit sagen und ungefragt über alle Umstände, die den Hausrechtsinhaber interessieren könnten, Auskunft geben müssen. Dies zu verlangen, überschreitet den Schutzzweck des § 123 StGB. Auch würde es zu einer unerträglichen Belastung der zwischenmenschlichen Beziehungen führen. Zudem darf nicht vergessen werden, daß jeder Mensch nur seine subjektive Meinung wiedergeben kann, die möglicherweise erheblich von der Einstellung bzw. Einschätzung des Berechtigten abweicht.

Die Ermöglichung individueller Selbstentfaltung in der eigenen Sphäre gibt dem Berechtigten die Entscheidungsbefugnis. Aus diesem Grunde muß er auch das Risiko der Richtigkeit seiner Entscheidung tragen. Er hat die Möglichkeit, alle fremden Personen aus den geschützten Räumlichkeiten fernzuhalten. Gestattet er jedoch Dritten den Zutritt, müssen die möglicherweise eintretenden Folgen abgeschätzt und in Kauf genommen werden. Das zukünftige Verhalten oder die innere Einstellung der eingelassenen Personen fällt damit in die Risikosphäre des Berechtigten. Die Sicherung der geschützten Räume erfolgt in der Regel nach subjektiver Einschätzung durch den Hausrechtsinhaber. Lediglich in diesem Umfang will auch der Staat schützen. Es wäre widersinnig, die offene Tür eines Privat- oder Geschäftshauses durch ein Hausverbotsschild stärker zu schützen als dies selbst durch eine geschlossene Tür möglich wäre.

---

3) Vgl. u.a. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Besonderer Teil, 6. Bd., 65. Sitzung S. 251 (Schwalm); 7. Bd., 67. Sitzung S. 22 (Schwalm). Die zitierte Formulierung des Tatbestandes ist bei der Abstimmung einstimmig gebilligt worden (S.23).

4) So m.R. Hanack JuS 1964, 352, 354 Anm. 14.

Der Berechtigte verdient nur insoweit Schutz, als er sich theoretisch selbst schützen könnte. Bei einem allgemeinen Verbot kann und darf daher die Auswahl der Personen nur nach objektiv erkennbaren Auswahlkriterien erfolgen.
Es können ausgeschlossen werden:

(I) Konkrete Personen (objektiv erkennbar: Aussehen, Name im Personalausweis), 1)

(II) Zutrittsmöglichkeiten zu bestimmten Räumen, zu bestimmten Zeiten, auf bestimmtem Wege (objektiv erkennbar: Eintritt und Aufenthalt),

(III) alle Personen ohne besondere Beweismittel (z.B. Gewerbeausweis, Fahrkarte, Eintrittskarte, Einladungskarte),

(IV) alle Personen mit bestimmten äußeren Kennzeichen (z.B. Bettler, Hausierer, Gammler, Beatle, bestimmte Kleidung).

Nicht ausschließbar sind:

Einzelpersonen oder Gruppen nach ihren inneren Einstellungen, Motiven, Zwecken oder äußerlich nicht erkennbaren Eigenschaften (z.B. Nationalsozialisten, Kommunisten, in diebischer Absicht Eintretende, Kontrollpersonen, mit ansteckenden Krankheiten Behaftete, Dumme).

Ein Hausverbot, das gegen alle Personen mit bösen Absichten, bestimmten charakterlichen oder sonstigen Defekten ... gerichtet ist, hat deshalb keine Wirkung. Die inneren Werte eines Menschen, seine Motive, Zwecke, die Persönlichkeit, der Gesundheitszustand u.v.a.m. sind nicht sicher erkennbar. Hier muß eine subjektive Einschätzung erfolgen; für diese ist die Einschätzung des Berechtigten maßgeblich. E r muß die Personen abschätzen und dann einlassen oder abweisen.
Aus welchen Gründen, Motiven oder Vermutungen die Differenzierung sowie die konkrete Entscheidung erfolgt, ist

---

1) Auf diese Weise können also z.B. auch alle unbekannten Personen ferngehalten werden.

gleichgültig. Der Berechtigte kann jede konkrete Person willkürlich ausschließen oder einlassen.
Dabei kann es vorkommen, daß bestimmte Personen ausgeschlossen werden, weil sie der Berechtigte falsch beurteilt. Er hätte sie bei richtiger Einschätzung eingelassen. Dieses Fehlverhalten ist das gesellschaftliche und soziale Risiko jedes Hausrechtsinhabers.

Bei allgemeinen Verboten ohne individuelle Prüfung jeder Einzelperson ist der Wille des Berechtigten nur dann realisierbar, wenn die Entscheidung auf objektiv e r k e n n b a r e n Kriterien beruht. Nur dann wäre nämlich der Berechtigte selbst in der Lage, sich über diese Personengruppe eine Meinung zu bilden und eine Entscheidung zu treffen, die seinem Willen in allen Fällen entspricht. Wollte man anders entscheiden, könnte objektiv nicht erkennbares Verhalten nachträglich poenalisiert werden. Die Erfüllung eines Straftatbestandes innerhalb der geschützten Räumlichkeiten wäre immer Hausfriedensbruch, da jedem Straftäter bewußt ist, daß er gegen den Willen des Hausrechtsinhabers eingetreten ist oder verweilt. Dies geht über den Schutzbereich des § 123 StGB hinaus, da die individuelle Selbstentfaltung häufig nicht beeinträchtigt ist und nicht beeinträchtigt sein kann. Besonders deutlich wird dies, wenn der Eintretende erlaubte Zwecke verfolgt, die dem Berechtigten aus irgendeinem Grunde unangenehm sind (wie z.B. beim Testkauf).
Äußerlich nicht erkennbare Einstellungen oder Motive stören den Hausrechtsinhaber nicht. Sie sind eine Privatangelegenheit der betreffenden Person. Insoweit ist der Berechtigte nicht schutzwürdig. Beispielsweise erst wenn der Besucher seine unerwünschte politische Überzeugung kundtut und damit seine innere Einstellung äußerlich erkennbar macht, kann er zum Verlassen aufgefordert werden. Das Betreten der Räume gegen den bekannten Willen des Berechtigten verletzt hier den Schutzbereich der Norm nicht.

Daß die Erkennbarkeit ein entscheidendes Kriterium ist, zeigt sich auch bei dem Parallelfall der Freiheitsberaubung. In § 239 StGB ist verboten, die Freiheit der Willensbetätigung (Fortbewegungsfreiheit) -erkennbar- einzuschränken. Ob die Beschneidung der Freiheit von dem Verletzten tatsächlich e r k a n n t worden ist, ist allerdings gleichgültig.[1] Auch wenn jemand, ohne es zu merken, im Zimmer eingeschlossen war, ist seine potentielle persönliche Bewegungsfreiheit beeinträchtigt. Der Verletzte konnte gar nicht mehr von der Freiheit Gebrauch machen, auch wenn er es gewollt hätte; das genügt nach herrschender Meinung für § 239 StGB.[2] Wer jedoch den Willen, seinen Aufenthalt zu ändern, nicht haben kann, weil er bewußtlos, sinnlos betrunken oder fest eingeschlafen war, kann für die Dauer dieses Zustandes seiner Bewegungsfreiheit nicht beraubt werden.[3] Die Beschränkung der Freiheit ist während dieses Zeitraumes dem Betroffenen nicht erkennbar, seine persönliche Fortbewegungsfreiheit ist nicht beeinträchtigt.

Entsprechend könnte man beim Hausfriedensbruch abgrenzen. Eine Beeinträchtigung der Entfaltungsfreiheit ist nur denkbar, wenn die Störung des Hausrechts dem Berechtigten erkennbar ist. Fehlt es an der objektiven Erkennbarkeit, so kann die persönliche Entfaltungsfreiheit nicht beeinträchtigt sein.

---

1) *H.M.; BGHSt 14, 314, 315/316; RG St 7/259, 26o; 61/239, 241/242; Schönke-Schröder § 239, 4; Schaefer (LK) § 239 II 1; Maurach (BT) § 15 II A (S. 116), D (S. 117) a.A. RG St 33/234, 236.*

2) *BGH aaO, S. 316(m.N.): "Entscheidend ist, daß er sich ohne die Beeinträchtigung seiner Bewegungsmöglichkeit fortbewegen könnte, wenn er es wollte."*

3) *Allgemeine Meinung; Schönke-Schröder aaO; Schaefer aaO; Lackner-Maassen § 239, 1; Maurach (BT) § 15 II B 2 (S. 116); Kohlrausch-Lange § 239 II 1; wohl auch Schwarz -Dreher § 239, 1; Welzel § 43 II 1a (S. 291).*

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Durch § 123 StGB wird nicht der Hausfriede, das Hausrecht oder die Freiheit der unbeeinflußten Willensentscheidung (Element der persönlichen Freiheit) geschützt. Nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt, wird vielmehr der in den Räumen herrschende, eigene Wille des Berechtigten geschützt.
Rechtsgut des Hausfriedensbruches ist die (willensorientierte) Entfaltungsfreiheit des Hausrechtsinhabers, nur ihm genehme Personen in seiner häuslichen und geschäftlichen Sphäre zu haben. Auf das Hausrecht kann in bestimmtem Umfang verzichtet werden. Ein vollständiger Verzicht ist nur vorübergehend zulässig.
Die Verwirklichung des persönlichen Willens durch allgemeine Hausverbote ist eingeschränkt, da lediglich objektiv erkennbare Auswahlkriterien eine unmißverständliche Einschätzung der Eintretenden ermöglichen. Ein allgemeines Verbot, das den Zutritt bei bestimmter innerer Einstellung, Motivation oder ähnlichem verbietet, wird erst wirksam, wenn die Einstellung oder das Motiv äußerlich erkennbar werden. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Verbot unwirksam. Es enthält lediglich eine "Bitte" oder einen "Wunsch", nicht aber ein durch § 123 StGB geschütztes Hausverbot.

2) Allgemeines Hausverbot und Testkäufer

Nun ist darzustellen, warum die Testkäufer trotz des bestehenden Hausverbots nicht "eindringen", wenn sie die Geschäftsräume zur Durchführung eines Kontrollkaufes betreten.

a) Allgemeines Verbot

An der Wirksamkeit des Hausverbotsschildes bestehen schon deshalb Bedenken, weil der Händler das Zutrittsverbot nicht auf Beauftragte preisbindender Unternehmen beschränkt hat. Das ausgesprochene Hausverbot bezieht sich auf alle Arten von Testkäufern.
Dieser allgemeine Ausschluß jeglicher Überprüfung könnte die Ordnungsfunktion des freien Wettbewerbes hemmen und dadurch einen Störungsfaktor der Wettbewerbsordnung darstellen. Wettbewerb kann nur dann zur Förderung der besten Leistung beitragen, wenn es Anbietern und Nachfagern möglich ist, ständig Leistungsvergleiche durchzuführen. Wenn die Streuungsbreite der Leistungen nicht erkennbar oder nicht bekannt ist, bleibt die Auswahl der besten Leistung zufällig. Zur Wirksamkeit des Leistungsprinzips ist es erforderlich, daß Waren, Verkaufseinrichtungen und Verkaufsmethoden der Händler laufend überprüft werden können und auch tatsächlich überprüft werden. Die Kontrolle erfolgt normalerweise durch Testkäufe oder Erkundigungen der verschiedensten Personengruppen. Der Ausschluß aller Arten von Kontrollkäufen erschwert daher den Leistungsvergleich; die Auslese- und Ordnungsfunktion des freien Wettbewerbes wird gestört.[1)]

Durch das allgemeine Hausverbot wird auch die Entdeckung von Rechtsverletzungen erschwert. Jeder Händler muß die bestehenden gesetzlichen Vorschriften z.B. in bezug auf Preis, Bezeichnung, Beimischungen, Mindestgewichte ein-

---

1) Vgl. im einzelnen Gutachten BB 1964, 902

halten. Er muß außerdem die Bestimmungen über Verpackung, Aufbewahrung, Konservierung, Auszeichnung, Gewährung von Preisnachlässen oder Zugaben u.v.a.m. beachten. In einigen Fällen bestehen sogar Strafvorschriften.[1] Um die Einhaltung dieser gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen, werden von staatlichen und privaten Stellen laufend Testkäufe durchgeführt. Diese können und dürfen durch ein Hausverbot nicht ausgeschlossen werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Der Ausschluß aller Arten von Testkäufen ist nicht zulässig. Der auf dem Hausverbotsschild verwendete Begriff "Testkäufer" muß daher einschränkend ausgelegt werden.

b) Rechtliche Wirkung des Hausverbots

Die Testkäufer übertreten den durch das Hausverbotsschild allgemein erklärten Ausschließungswillen des Berechtigten. Dieser ist jedoch unbeachtlich, da er über den durch das geschützte Rechtsgut abgesteckten Rahmen hinausgeht. Durch ein allgemeines Verbot können Personengruppen nur dann ausgeschlossen werden, wenn sie auch der Berechtigte nach persönlicher Einschätzung abweisen könnte, d.h. wenn objektiv erkennbare Auswahlkriterien bestehen. Testkäufer unterscheiden sich von den Durchschnittskunden nur durch das -innere- Motiv, daß sie zu einem besonderen Zweck kaufen und dazu vom preisbindenden Unternehmen beauftragt worden sind. Wenn der Händler -oder einer seiner Angestellten- an der Tür des Ladengeschäftes stände, könnte und wollte er die einzelnen Testkäufer nicht abweisen, da er sie als normale Kunden ansieht und ansehen muß.
Das Hausverbotsschild ist demnach ohne Wirkung; die Testkäufer betreten die Geschäftsräume nicht gegen den realisierbaren Willen des Berechtigten.
Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man bedenkt, daß der

---

1) Z.B. §§ 11 ff. LebensmittelG, 149 GewO, 11 RabattG, 3 ZugabeVO, 4 UWG, 364, 367 Abs. 1 Ziff. 3,5, 5a, 6, 9 StGB

Händler den Testkäufer nicht als Person, sondern nur wegen der Ausübung einer bestimmten Funktion ausschließen will. Kauft der Beauftragte des preisbindenden Unternehmens andere Artikel ein, ist er nur Kunde. Diesen Einkauf zur Befriedigung privater Bedürfnisse wollte der Händler nicht ausschließen. Schwierig wird die Entscheidung, wenn die Kontrollperson den Laden betritt, um persönliche Einkäufe zu machen und dann dabei die preisgebundene Markenware entdeckt und erwirbt. Es ist lebensfremd, tatbestandsmäßig danach zu unterscheiden, welche Waren und zu welchen Zwecken der einzelne Kunde erwirbt. Noch problematischer wird es, wenn der Probekäufer zum eigenen Bedarf einkauft und nur den bezahlten Preis dem Hersteller mitteilt. Wer als normaler Kunde kommt und erst im Laden daran denkt, diese Gelegenheit zu einem Testkauf auszunützen, kann keinesfalls ausgeschlossen sein.

Für die getroffene Entscheidung ist ohne Bedeutung, daß jeder Händler durch die Eröffnung seiner Geschäftsräume für den allgemeinen Verkehr zu erkennen gegeben hat, daß er zum Verkauf der Ware ohne Rücksicht darauf bereit sei, welche Zwecke oder Absichten der Käufer mit dem Erwerbe verfolge.[1)] Durch die Geschäftseröffnung wird der Händler in der Gestaltung seiner individuellen Selbstentfaltung nur geringfügig eingeschränkt. Er kann auch jetzt noch jede konkrete Einzelperson willkürlich ausschließen. Aus welchen Gründen, Motiven oder Vermutungen die Abweisung erfolgt, ist gleichgültig. Er kann z.B. den Kunden X auch dann ausschließen, wenn er glaubt, dieser sei ein Testkäufer. Ob seine Vermutung zutrifft oder nicht, ist hierbei ohne Belang.

---

1) Vgl. im einzelnen oben S. 132.

c) Sonstige Lösungen zur Einschränkung des "Hausrechts"

Im folgenden sollen andere Lösungsvorschläge, die zum gleichen Ergebnis führen, wenigstens angedeutet werden.

aa) Selbsteinschränkung des Hausrechts

In der Rechtsprechung wird vereinzelt die Meinung vertreten, der Berechtigte habe durch Eröffnung des Ladenlokals für die Allgemeinheit sein Hausrecht selbst eingeschränkt.[1] In der Geschäftseröffnung liege eine unwiderrufliche Erklärung an die Allgemeinheit, daß er nach dem Zweck des Einkaufs nicht fragen oder differenzieren wolle.

Diese Begründung ist nicht zwingend, da der Berechtigte zu jeder Zeit Einzelpersonen willkürlich und ohne Angabe von Gründen ausschließen kann. Es besteht daher kein Zweifel, daß er einzelne auch unter Berufung auf den vermuteten Zweck des Einkaufs abweisen oder hinausweisen kann. Außerdem ist es ihm möglich, sein Geschäft zu schließen, die Einkaufszeiten oder die Verkaufsräume zu ändern, sowie nur noch an Wiederverkäufer, gewerbliche Großverbraucher oder andere Käufergruppen zu verkaufen. Eine unwiderrufliche Selbstbeschränkung des Hausrechts liegt nicht vor.

bb) Berufung auf das Hausrecht sei sittenwidrig

Einige Stimmen in Rechtsprechung[2] und Schrifttum[3] verneinen den Schutz des Hausrechts, weil die Berufung auf § 123 StGB im konkreten Fall sittenwidrig sei.

Als Begründungen werden angeführt:

Die Ausübung des Hausrechts verstoße gegen § 826 BGB und sei deshalb unbeachtlich, weil sie nur den Zweck verfolge, durch weitere Unterpreisverkäufe den Eingriff in den Gewerbebetrieb des Preisbinders unkontrollierbar fortzusetzen.[4] Das Zutrittsverbot diene der ungehinderten

---

1) OLG Hamm MA 1965, 27,28; ähnl. BGH DB 1966,1012 (Hausverbot); Anklänge auch in BGHZ 43, 359, 367 (Warnschild) hier läßt es der BGH jedoch offen, ob der eintretende Testkäufer Hausfriedensbruch begeht (S. 365).

2) OLG Düsseldorf MA 1963, 196,199/200; OLG Hamburg WRP 1965,228, 228/229; ähnl. LG Bochum MA 1962,759,760.

3) Anklänge bei Höltzcke WRP 1964,342; Gutachten BB1964,902.

4) OLG Düsseldorf aaO.

Durchführung weiterer Preisunterbietungen und werde daher von der Sittenwidrigkeit der Unterpreisverkäufe miterfaßt.[1] Im lauteren Geschäftsverkehr sei die Androhung einer Strafverfolgung verwerflich, wenn sie dazu dienen solle, wettbewerbswidriges und gesetzwidriges Verhalten zu verheimlichen. Das Interesse der Öffentlichkeit an der Sauberkeit im Geschäftsverkehr sei vorrangig.[2]

Alle diese Begründungen kranken an der Tatsache, daß das Verbotsschild nicht beweist, daß der Händler tatsächlich Preisunterbietungen durchführt. Auch ist die Schädigung der preisbindenden Hersteller nur in Kauf genommene Nebenfolge, nicht aber der Zweck des Hausverbots. Ein Hausverbotsschild ist zwar unüblich, das besagt aber noch nicht, daß die Berufung auf das Hausrecht sittenwidrig sei.

cc) Hausverbot verstoße gegen Treu und Glauben

Andere meinen, das Hausverbot verstoße gegen Treu und Glauben und sei daher unbeachtlich.[3]

Die Begründungen sind im einzelnen recht unterschiedlich. Dietze[4] sieht in dem Hausverbot eine treuwidrige Verletzung der durch die Geschäftseröffnung zum Ausdruck gebrachten Erklärung an die Allgemeinheit (venire contra factum proprium).

Mit der Eröffnung des Ladenlokals hat der Berechtigte jedoch keinen Vertrauenstatbestand[5] geschaffen, da einzelne Kunden jederzeit ausschließbar sind. Demgemäß liegt im Zutrittsverbot für Testkäufer insoweit kein unzulässiger Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten.

---

1) OLG Hamburg aaO; Gutachten aaO.
2) LG Bochum aaO; ähnl. Höltzcke aaO unter Berufung auf § 679 BGB.
3) LG Frankfurt NJW 1963, 1022, 1023; Helle Anm. NJW 1963 1022 f.; Dietze Anm. GRUR 1966, 566, 567; Lutz MA 1964, 587, 598; ähnl. Henseler WRP 1962, 325, 326; Baumbach-Hefermehl § 1, 380; Müller S. 232 sowie LG Krefeld MA 1962, 674.
4) aaO.
5) Nur bei Verletzung eines selbst geschaffenen Vertrauenstatbestandes liegt unzulässiges venire contra factum proprium vor (h.M.); vgl. Staudinger-Weber § 242, D 323 m.N.

Der Ausschluß der Testkäufer ist auch keine protestatio facto contraria gegenüber der Fortführung des Geschäfts[1], da der Händler seine Kundschaft zu jeder Zeit einschränken kann. Eine Differenzierung nach dem vermuteten Zweck oder dem erkannten Motiv des Einkaufs ist bei Einzelpersonen durchaus möglich.[2]
Die Berufung auf das Hausrecht kann schließlich auch nicht als rechtsmißbräuchlich angesehen werden[3], da der Schutz des Hausrechts von den Motiven des Berechtigten unabhängig ist und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht nur eingeschränkt gilt.[4]
Zwar beruft sich der Händler auf den strafrechtlichen Schutz, um sein wettbewerbswidriges Verhalten fortsetzen zu können oder um Kunden anzulocken. Doch dieser mißbilligenswerte Zweck allein genügt zur Verneinung des Strafrechtsschutzes nicht. Durch § 123 StGB soll die eigene Sphäre geschützt werden. Was der Berechtigte darin tut, berührt seine Schutzwürdigkeit nur in seltenen Ausnahmen.

Das Hausverbot verstößt demnach nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

dd) Ausschluß nur bei störendem Verhalten
Ein allgemeines Verbot soll nur dann wirksam sein, wenn sich der Verbotswille am Tatort in deutlich erkennbarer Weise auf bestimmte Einzelpersonen konkretisiert, d.h. wenn die ausgeschlossenen Personen durch störendes Verhalten für jeden Dritten erkennbar sind.[5]
Diese Begründung ist lediglich dann überzeugend, wenn man davon ausgeht, das Schutzobjekt des Hausfriedensbruches sei der äußere Friede. Sieht man in der (willensorientierten) Entfaltungsfreiheit oder dem Hausrecht des Berechtigten das geschützte Rechtsgut des § 123 StGB, läßt sich die Einschränkung nicht begründen.

---

1) So aber Helle aaO, S. 1023.
2) Im einzelnen siehe oben S. 196/197.
3) So aber LG Frankfurt aaO; Lutz aaO; Henseler aaO; eingeschränkt Hefermehl aaO; Müller aaO.
4) Hanack JuS 1964, 352, 355 m.N. in Anm. 33; ähnl. Gassmann MDR 1964, 374, 376.
5) LG Frankfurt NJW 1963, 1022, 1023; Henseler WRP 1962, 325; Gaedertz Anm. WRP 1964, 137,138; Ossenbrügge BB 1964, 1154, 1155; ähnl. OLG Hamm MA 1965,27,28 f.

ee) Erschlichenes Einverständnis

Wenn der Täter durch falsche Angaben, Ausweise, Eintrittskarten oder dgl. vorspiegelt, zu dem Personenkreis zu gehören, dem der Zutritt gestattet ist, so liege kein Hausfriedensbruch vor, da der natürliche Wille des Berechtigten dem Eintritt nicht mehr entgegensteht.[1]
Spiegelt der Täter dem Geschäftsinhaber ausdrücklich vor, er sei kein Testkäufer, ist § 123 StGB nach dieser Auffassung nicht erfüllt. Kommt es zu keiner ausdrücklichen Täuschung, da der Händler den eintretenden Testkäufer als Normalkunden ansieht und in seinem Geschäft bedient, könne nichts anderes gelten.[2]

Diese Folgerung ist schlüssig. Wenn der Testkäufer unerkannt den Laden betritt, ohne daß ihn der Händler oder einer seiner Angestellten hereinbittet, so steht zwar zu diesem Zeitpunkt der Wille des Berechtigten entgegen. Der potentiell entgegenstehende Wille des Händlers wird jedoch durch das tatsächliche Bedienen "als Kunde" ausgeräumt. Hierdurch genehmigt der Händler oder einer seiner Angestellten den Eintritt des Testkäufers stillschweigend und gestattet den weiteren Aufenthalt.

ff) Vertragsklausel als unwiderrufliches Einverständnis

Bei Auslegung des Preisbindungsvertrages ergibt sich, daß jeder gebundene Händler verpflichtet ist, die Durchführung von Testkäufen zu dulden.
Besteht keine ausdrückliche Klausel, ergibt sich die Verpflichtung aus den §§ 157, 242 BGB, da jeder Händler weiß, daß Testkäufe das übliche und notwendige Mittel zur Aufrechterhaltung der tatsächlichen Lückenlosigkeit sind. Für die Vertragsdauer bestehe ein unwiderrufliches Einverständnis mit Kontrollkäufen. Der Händler habe insoweit auf die Geltendmachung seines Hausrechts bindend verzichtet.[3]

---

1) Schönke-Schröder § 123, 15a, 14b; Geerds GA 1954, 262, 265, 269; Ossenbrügge BB 1964, 1154, 1155; ähnlich RGSt 56/118 (für § 133 StGB); Kohlrausch-Lange vor § 51, II 3a; Welzel § 14 VII 1a (S. 87 oben). Andere sprechen nur dem mangelfreien Einverständnis

Ein unwiderruflicher Vorausverzicht auf das "Hausrecht" läßt sich aus dem Preisbindungsvertrag nicht entnehmen.[1] Auch stände eine so weitgehende Bindung im Widerspruch zum Grundgedanken des § 123 StGB.[2] Auf die gewährleistete Möglichkeit zur Selbstentfaltung in den geschützten Räumlichkeiten kann nur widerruflich verzichtet werden. Der in dem Verbot von Testkäufen liegende Widerruf ist vertragswidrig, aber wirksam.

3) Ergebnis

Die Durchführung von Testkäufen ist tatbestandsmäßig kein Hausfriedensbruch.[3]
Auf Rechtfertigungsgründe kommt es daher nicht an.[4]

---

des Berechtigten tatbestandsausschließende Wirkung zu; so RG GA 47, 284; OLG Dresden GA 65, 177, 178; Werner (LK) § 123 III 1; Schwarz-Dreher § 123, 3 A b; wohl auch RGSt 12/132, 134; Maurach (BT) § 23 II A 3a (S. 172).
2) Schönke-Schröder § 123, 15c; Ossenbrügge aaO.
3) Meyer MA 1962, 431, 438; ähnl. OLG Hamm WRP 1964, 136; OLG München WRP 1964, 31o.

---

1) So m.R. Hanack JuS 1964, 352, 355; ähnl. Gassmann MDR 1964, 374, 375.
2) Hanack aaO.
3) Überwiegende Meinung; OLG Hamm (4.ZivS) MA 1965,27,28; Lutz MA 1964, 587, 598; 1965, 521, 526; Hanack JuS1964, 352,355; Henseler WRP 1962, 325; Höltzcke WRP 1964, 342; Schönke-Schröder § 123, 15c; Ossenbrügge BB 1964, 1154, 1155; ähnlich LG Frankfurt NJW 1963, 1o22, 1o23; Helle Anm. NJW 1963, 1o22 f.; Gaedertz Anm. WRP 1964, 137, 138; Gutachten BB 1964, 9o2; wohl auch BGH DB 1966, 1o12 (Hausverbot); Baumbach-Hefermehl § 1, 38o; Dietze Anm. GRUR 1966, 566, 567.
Im Ergebnis zustimmend OLG Hamburg WRP 1965, 228,228/9 OLG Düsseldorf MA 1963, 196, 199/2oo; außerdem Meyer MA 1962, 431, 437 ff., 442; LG Bochum MA 1962, 759, 76o; LG Bielefeld Beschluß vom 14.5.1964 1o Q 52/64 nicht veröffentlicht (zitiert nach Lutz MA 1964,587, 598), die die Rechtswidrigkeit des Eindringens ablehnen.
Anderer Anschauung OLG Hamm (1. StrS) WRP 1964, 136f. (nicht abschließend zu Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit Stellung genommen, da unverschuldeter Verbotsirrtum vorlag); (4.ZivS) BB 1963, 79o(aufgegeben durch MA 1965,27,28); OLG München WRP 1964, 31o f. (nur bei Außenseitern); Schönke-Schröder 12. Aufl. § 123,14(aufgegeben in 13.Aufl.); Gassmann MDR 1964, 374 f.; Wildanger BB 1962, 769, 77o.

II. BESEITIGUNG DES WARNSCHILDES

1) Gefährdung des Systems

Für die tatsächliche Lückenlosigkeit und damit die rechtliche Durchsetzbarkeit einer Preisbindung ist entscheidend, daß der Hersteller die Einhaltung der gebundenen Preise ständig durch Testkäufe überprüfen kann und tatsächlich auch kontrolliert. Wird die Durchführung der Probekäufe erschwert oder ausgeschlossen, besteht eine Gefährdung des Preisbindungssystems.

Durch das Warnschild am Eingang des Ladengeschäfts wird die Durchführung von Testkäufen mit Strafanzeige bedroht.[1] Eine derartige Drohung ist (selbst) für den Rechtskundigen unangenehm. Bei einem Laien, der die Folgen der Androhung meist nicht übersehen kann, ist die abschreckende Wirkung eines solchen Schildes nicht zu unterschätzen.
Für die Einsatzbereitschaft der Kontrollpersonen entsteht zumindest ein psychologisches Hemmnis, auch wenn den Testkäufern klar gesagt wird, daß diese Hausverbote wirkungslos sind.[2] Es besteht die Gefahr, daß einige Beauftragte sich von den Hausverbotsschildern abschrecken lassen. Die Funktionsfähigkeit der Überwachung ist damit in Frage gestellt.[3]
Auch darf nicht vergessen werden, daß immer die Möglichkeit besteht, daß einzelne Gerichte Hausfriedensbruch bejahen.[4] Diese Unsicherheit kann allerdings durch Herbeiführung einer höchstrichterlichen Entscheidung weitgehend ausgeschaltet werden.

---

4) Ob Nothilfe oder übergesetzlicher Notstand vorliegen, erscheint zweifelhaft. Vgl. einerseits Meyer aaO, S. 438 ff.; Henseler aaO, S. 326; Schriftleitung Der Wettbewerb 1962, 18; andererseits Hanack aaO; Gassmann aaO, S. 375 f.

---

1) In der Regel erfolgt die Androhung ausdrücklich. In jedem Zutrittsverbot liegt eine konkludente Androhung.
2) Meyer MA 1962,431,441; LG Hamburg MA 1962,758; LG Ulm MA 1967, 312.
3) Meyer aaO; LG Hamburg aaO.
4) So m.R. OLG Hamburg WRP 1965,228; LG Ulm aaO; w.N. siehe oben S. 202 in Anm. 3.

Außer der psychologischen Auswirkung auf die Kontrollpersonen hat das Warnschild weitere gefährdende Nebenwirkungen. Die öffentliche Bekanntgabe eines Hausverbots fordert zur Nachahmung durch die Mitbewerber heraus, da dem Schild eine gewisse Werbewirkung und zugleich Sicherungsfunktion zugesprochen werden kann und muß. Wer das Schild liest, kann auf die Idee kommen, daß der Händler Testkäufer ausschließe, um ungestört die vorgeschriebenen Markenartikelpreise unterbieten zu können. Aufgrund des Warnschildes werden deshalb einige Kunden das Ladenlokal betreten, um von den erhofften Preisunterbietungen zu profitieren.[1] Gleichzeitig werden die Überwachungspersonen bei der Überprüfung dieses Händlers u.U. zurückhaltender vorgehen. Auf diese Werbewirkung und Sicherungsfunktion spekulieren Händler und Mitbewerber.

Außerdem besteht die Gefahr, daß einige Gerichte Hausverbotsschilder als ein Anzeichen für die Lückenhaftigkeit von Preisbindungen ansehen könnten. Nach der Lebenserfahrung pflegt nur derjenige Testkäufer abzuwehren, der sich wettbewerbswidrig (unlauter) verhält und diese Handlungen fortsetzen will.[2] Ein Warnschild könnte daher als Indiz für Preisunterbietungen und damit für die Lückenhaftigkeit des Systems gewertet werden.[3]

Aus diesen Auswirkungen der Hausverbotsschilder ergibt sich eine Gefährdung des Preisbindungssystems.

---

1) Diese Werbewirkung ist in der Rechtsprechung anerkannt. Vergleiche u.a. BGHZ 43, 359, 364 ff. (Warnschild); OLG Hamm WUW/E OLG 599, 602; LG Hamburg aaO; LG Ulm aaO, S. 313.
2) LG Bochum MA 1962, 759, 760.
3) Der Bundesgerichtshof NJW 1965, 1527, 1530 (Warnschild) weist allerdings mit Recht darauf hin, daß ein Warnschild nicht die Vermutung begründen kann, daß der Händler bestimmte preisgebundene Markenwaren unterbietet.

2) Verletzung des Preisbindungsvertrages

Durch das Hausverbot verletzt der gebundene Händler den unterzeichneten Preisbindungsrevers, da die Duldung von Testkäufen zumindest eine sich aus Treu und Glauben ergebende Nebenpflicht des Vertrages ist.
Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht (positive Forderungsverletzung) begründet analog §§ 280, 286 oder 325, 326 BGB einen Anspruch des Herstellers auf Schadensersatz und gibt ihm in der Regel ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage.
Außerdem besteht ein Anspruch des preisbindenden Herstellers auf Unterlassung; dieser ist vom Verschulden des Händlers unabhängig.

3) Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG

Heute ist anerkannt, daß das Hausverbotsschild gegen § 1 UWG verstößt.[1)]

Die Unlauterkeit des Warnschildes ergibt sich aus dem Zusammenwirken verschiedener wettbewerbswidriger Elemente.

(I) Unzulässige Werbewirkung: Je nachdem, ob der beim Publikum möglicherweise entstehende Eindruck richtig oder falsch ist, handelt es sich um anreißerische Werbung (Bereitschaft zu planmäßigem Verstoß gegen anerkannte wettbewerbsrechtliche Grundsätze)[2)] oder um eine irreführende Ankündigung (Vortäuschung einer günstigen Einkaufsmöglichkeit)[3)].
Die Werbewirkung ist allerdings nur eine mögliche Nebenfolge des Warnschildes[4)], da nicht sicher ist, ob und in

1) BGHZ 43, 359, 363, 364 ff. (Warnschild); OLG Hamburg WRP 1965, 228 f.; LG Ulm MA 1967, 312, 313; LG Bochum MA 1962, 759, 760; LG Hamburg MA 1962, 758; LG Köln MA 1962, 531; Gutachten BB 1964, 902; Pehle MA 1966, 245; 246; Höltzcke WRP 1964, 342.
2) Verstoß gegen § 1 UWG; vgl. im einzelnen BGH aaO, S. 364 ff.; LG Ulm aaO; ähnlich OLG Hamm WUW/E OLG 599,602.
3) Verstoß gegen §§ 1,3 UWG; N. in Anm.2 sowie Baumbach-Hefermehl § 1, 4 ff., 9.
4) Hierauf weist Deutsch ZHR 128(1966), 363,366 m.R. hin.

welchem Umfang Käufer angelockt werden. Nicht jeder Kunde weiß, was ein Testkäufer ist und welche Funktion er ausübt.

(II) Schädigung des preisbindenden Unternehmens: Durch das Warnschild wird die Aufrechterhaltung des Preisbindungssystems gefährdet und dadurch der Preisbinder geschädigt.[1] Schutzwürdige Interessen des Händlers an der Aufstellung eines Hausverbotsschildes bestehen in der Regel nicht, da bei wettbewerbskonformen Verhalten die Durchführung von Testkäufen völlig ungefährlich ist.[2]

(III) Strafdrohung zu Wettbewerbszwecken: Die Androhung einer Strafverfolgung -sei es ausdrücklich oder mittelbar- ist im lauteren Geschäftsverkehr nicht üblich. Wenn sie dazu dient, wettbewerbswidriges oder gesetzwidriges Verhalten zu verschleiern und zum eigenen Vorteil auszunutzen, ist sie verwerflich und unzulässig.[3] Nach der Lebenserfahrung ist zu vermuten, daß der betreffende Händler die Preise einiger preisgebundener Markenwaren unterbietet (Verstoß gegen § 1 UWG) und das Hausverbot vornehmlich der Fortsetzung dieser wettbewerbswidrigen Handlungen zum eigenen Vorteil dient.[4]

(IV) Ausschluß des Leistungsvergleichs: Das Verbot jeglicher Kontrolle steht in Widerspruch zu den Grundsätzen des Leistungswettbewerbes[5] und verstößt gegen Sinn und Zweck des § 13 UWG.[6] § 13 UWG gibt jedem Wettbewerber die Möglichkeit, gegen ihn schädigendes unlauteres Verhalten seiner Mitbewerber (im weitesten Sinne zu verstehen) vorzugehen, um die durch sittenwidrige Wettbewerbsmethoden eintretenden Nachteile möglichst gering zu halten.

---

1) Vgl. im einzelnen oben S. 2o3 f. m.N. sowie OLG Düsseldorf MA 1963, 196, 199 f.
2) Eingehend OLG Hamburg aaO; S. 229; LG Bochum aaO sowie BGH WRP 1966, 312, 314 (Hausverbot).
3) LG Bochum aaO; Gutachten aaO.
4) LG Bochum aaO; ähnl. BGH NJW 1965, 1527, 153o (Warnschild).
5) Vgl. im einzelnen Gutachten aaO; LG Coberg Urteil vom 2o. 1o. 1964 (zitiert nach MA 1965, 29) sowie oben S. 195.
6) Ähnlich OLG Hamburg aaO, S. 228; Gutachten aaO.

Unter Berücksichtigung dieser Auswirkungen widerspricht das Warnschild dem Anstandsgefühl des redlichen, verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und dem der Allgemeinheit. Der Händler handelt auch "zu Zwecken des Wettbewerbes", da das Hausverbotsschild objektiv geeignet ist, seinen Absatz zum Nachteil der Konkurrenten zu erhöhen und die darauf gerichtete Absicht hinter möglichen Abwehrgesichtspunkten (in der Regel) nicht zurücktritt.[1)]
Die Aktivlegitimation des preisbindenden Herstellers ergibt sich aus § 13 Abs. 1 UWG.[2)]
Da das störende Warnschild als solches wettbewerbswidrig ist, kann der Hersteller gemäß §§ 1, 25, 13 UWG auf Beseitigung des Schildes oder auf Unterlassung des Hausverbotes für seine Beauftragten klagen oder aber eine entsprechende einstweilige Verfügung beantragen.[3)]

4) Eingriff in das Recht am Unternehmen (§ 823 BGB)

Ob der Händler durch Anbringung des Hausverbotsschildes in das Recht des Preisbinders am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreift, kann dahingestellt bleiben, da § 1 UWG als Sonderregelung vorgeht und die Heranziehung von § 823 BGB ausschließt.[4)]

5) Mögliches Vorgehen

Außergerichtliche Maßnahmen wie Verwarnung, Liefersperre oder Vertragsstrafe werden in der Regel nicht genügen, um den Händler zur Beseitigung des Hausverbotsschildes zu veranlassen. Der Preisbinder wird daher sinnvollerweise die Klage auf Beseitigung des Hausverbotsschildes nach §§ 1, 13 UWG mit dem Antrag verbinden, dem Händler im Wege der einstweiligen Verfügung (§ 25 UWG) aufzugeben, Testkäufe zu dulden bzw. das Hausverbot zu unterlassen.

---

1) LG Bochum aaO; eingehend dazu BGH WRP 1966, 312, 314.
2) BGHZ 43, 359, 361, 363 (Warnschild); OLG Hamburg aaO, S. 228; a.A. OLG Hamm WUW/E OLG 599, 6o2.
3) Ähnlich BGH WRP 1966, 312, 314 (Hausverbot); LG Ulm MA 1967, 312 f.; eingeschränkt Meyer MA 1962, 431, 441.
4) Ähnlich BGHZ 43, 359, 361 m.N. (Warnschild); im einzelnen vgl. oben S. 96 ff., bes. 1o1 f.

F. SCHLUSS

Die wichtigsten Ergebnisse werden als Thesen zusammengestellt:

I. Allgemeines zur Preisbindung

1) Die marktkonformen Vertikalen Preisbindungen sind wirtschaftlich wünschenswert; sie werden von der Mehrheit der Marktbeteiligten befürwortet.

2) An die kartellrechtlichen Wirsamkeitsvoraussetzungen (Markenware, Preiswettbewerb, Lückenlosigkeit) sind strenge Anforderungen zu stellen.

II. Bindung der Händler

1) Unterpreisverkäufe können nach §§ 1, 25, 13 UWG unterbunden werden.

2) Bei schuldhafter Unterschreitung des Festpreises besteht Anspruch auf Ersatz des eingetretenen Schadens.

3) Die Nennung des vertragsbrüchigen Lieferanten ist Bestandteil der Schadensersatzleistung (§ 249 BGB).

III. Maßnahmen des Herstellers

1) Die meisten Preisbindungsverletzungen können ohne Anrufung der Gerichte durch Verwarnung, Lieferspere oder Vertragsstrafe ausgeschaltet werden.

2) Bei wiederholten oder schwerwiegenden Verstößen ist Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung angebracht.

3) Nur in Ausnahmefällen ist Klage auf Unterlassung oder Schadensersatz geboten.

IV. Überwachung des Preisbindungssystems

1) Zur angemessenen Überwachung des Preisbindungssystems sind Testkäufe notwendig; die Kennzeichnung durch Kontrollnummern sowie die Auslieferung an territorial zuständige Großhändler ist wünschenswert.

2) Eine Überprüfung der Geschäftsunterlagen ist regelmäßig überflüssig.

V. Überprüfung durch Testkäufe

1) Die Durchführung von Testkäufen ist zulässig.

2) Durch den Kontrollkauf soll die Vertragstreue des Händlers festgestellt werden.

3) Beeinflussungen des Händlers sind zulässig, soweit sie im täglichen Leben üblicherweise auftreten.

4) Auf Verschleierungsvorschläge darf und soll der Testkäufer eingehen.

5) Der Kontrollkäufer ist Endverbraucher im Sinne des Preisbindungsreverses.

6) Der Händler ist bei Verkauf an Wiederverkäufer verpflichtet, die Gewerbeausweise zu kontrollieren.

7) Der Testkäufer darf keinerlei Interesse an der "Überführung" eines Händlers haben.

VI. Warnschild

1) Das Hausverbotsschild hat strafrechtlich keine Wirkung.

2) Der preisbindende Hersteller kann nach §§ 1,25, 13 UWG Beseitigung des Hausverbotsschildes verlangen.

Lebenslauf

Am 18. September 1939 wurde ich als Sohn des Universitätsprofessors Karl August Eckhardt und seiner Ehefrau Irmgard geb. Rauch in Bonn geboren. Am 7. März 1959 bestand ich das Abitur an dem mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Gymnasiums in Bad Sooden Allendorf. Ab Wintersemester 1960/61 studierte ich Jura: drei Semester in Marburg, ein Semester in Berlin und viereinhalb Semester in Göttingen. Am 2. Juli 1965 legte ich das erste Staatsexamen bei dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle mit der Note "befriedigend" ab. Seit dem 9. Oktober 1965 bin ich Niedersächsischer Referendar.